UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE L'ÉTABLISSEMENT
DES
SERVITUDES RÉELLES
PAR LA PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 28 Juin 1899, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Georges GARDIVEAU
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7
—
1899

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0031

DE

L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES

PAR LA PRESCRIPTION

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. Le Courtois (✻, I ✠), Doyen, Professeur de Droit civil.

Ducrocq (O ✻, I ✠), Doyen honoraire, Professeur honoraire. Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

Thézard (I ✠), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ✠), Professeur de Droit civil.

Normand (I ✠), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

Parenteau-Dubeugnon (I ✠), Professeur de Procédure civile.

Arthuys (I ✠), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

Bonnet (I ✠), Professeur de Droit romain.

Petit (I ✠), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).

Barrilleau (I ✠), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

Surville (I ✠), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ✠), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé d'un Cours de Droit international public.

Michon (A. ✠), Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Chéneaux, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Girault (A ✠), Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.

Audinet (A ✠), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers, et du Cours de Droit civil comparé (Doctorat), et d'un Cours de Droit international public.

Isambert, Docteur en Droit, Chargé de conférences.

Roche (I ✠), Secrétaire.

Coulon (I ✠), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : MM. Surville, professeur.

Suffragants : Parenteau-Dubeugnon, professeur, Girault, professeur.

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE L'ÉTABLISSEMENT

DES

SERVITUDES RÉELLES

PAR LA PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 28 Juin 1899, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Georges GARDIVEAU
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7
—
1899

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES

PAR LA PRESCRIPTION

INTRODUCTION

Établir, en matière de prescription des servitudes, une règle propre à satisfaire à la fois les exigences de l'esprit et les besoins de la pratique n'était pas chose facile.

« Ce sujet, dit Demolombe, a toujours été si haut qu'on remonte dans l'histoire du droit le plus environné d'obscurités et de controverses (1). » Et Machelard ajoute : « La question de savoir si la prescription devait être admise comme moyen d'acquérir les servitudes est une de celles qui avaient autrefois le plus tourmenté les esprits (2). »

Rationnellement, en effet, le problème est susceptible de plusieurs solutions et si nous nous plaçons au point de vue historique, nous voyons qu'aux diverses époques et dans les différents pays des systèmes législatifs très opposés furent en honneur.

Tantôt nous voyons la prescription impuissante à faire

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 765, p. 250.
(2) Machelard, *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, n° 95, p. 78.

acquérir une servitude *quelle qu'elle* soit, comme à Rome sous l'empire de la loi *Scribonia* et comme dans nos provinces coutumières, où règne la maxime : nulle servitude sans titre.

Tantôt on distingue entre telles et telles servitudes déclarant les unes imprescriptibles et les autres prescriptibles, comme cela se fit chez nous, tant en pays de coutumes qu'en pays de droit écrit.

Tantôt enfin la possession prolongée peut faire acquérir toutes les servitudes sans exception, et ce fut la règle dans le dernier état du droit romain, règle qui fut suivie par la plupart de nos pays de droit écrit et constitua le droit commun de ces provinces.

Il y avait donc trois *routes* bien différentes à suivre. Laquelle allait prendre notre législateur?

Fallait-il, comme à Rome sous l'empire des prohibitions de la loi *Scribonia*, défendre l'usucapion pour toutes les servitudes et devait-on dire avec le jurisconsulte Paul en parlant de ces droits sur la chose d'autrui : «..... *incorporales sunt et ideo usu non capiuntur* (1) ? »

Comme nous le verrons en étudiant les principes du droit romain sur cette question, ce fut en effet parce que les servitudes furent considérées comme des choses incorporelles insusceptibles de possession que fut édictée la prohibition de la loi *Scribonia*. Mais c'était là une erreur juridique et d'ailleurs, disons-le de suite, elle fut passagère et de courte durée, le préteur romain lui-même en fit justice.

Quoi qu'il en soit, c'était se tromper étrangement que de déclarer les servitudes imprescriptibles pour ce motif qu'en

(1) Loi 14 pr. D. VIII. 1.

leur qualité de choses incorporelles elles ne peuvent être possédées. D'après une théorie récente, la possession s'appliquerait, au contraire, toujours aux droits, jamais aux choses. Posséder un immeuble c'est posséder un droit de propriété sur cet immeuble (1).

Assurément les rédacteurs du Code civil ne se sont pas fait une idée aussi précise de la possession et de son objet. Pourtant le système qu'ils ont consacré dans l'art. 2228 ne diffère pas essentiellement dans ses conséquences pratiques de celui proposé par les auteurs modernes.

L'art. 2228 reconnaît en effet à la possession un très vaste domaine et s'il ne dit pas que seuls les droits peuvent être possédés, du moins dit-il qu'ils peuvent l'être (2). On les possède du moment qu'on les exerce en fait.

Par suite, la question était de savoir si cette possession, ou cette quasi-possession, si l'on veut, était de nature à mener à la prescription et non pas de savoir si la servitude, chose incorporelle, peut être possédée. Ceci n'était pas douteux.

Quels motifs maintenant pourrait-on invoquer pour déclarer la quasi-possession d'un droit inutile à l'effet de prescrire? Il n'était point possible d'admettre, comme dans la majeure partie de nos pays de Coutume (3), que la

(1) Ravail, *De l'objet de la possession* (thèse de Doctorat), n° 14, p. 14; n° 16, p. 16; — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 199, p. 120.

(2) « La possession, dit l'art. 2228, est..... la jouissance d'un droit que..... nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui..... l'exerce en notre nom. »

(3) C'était en effet sur ce point particulier, comme nous aurons à le démontrer plus tard, le droit commun des pays de Coutume. Merlin, *Répertoire*, au mot *Servitude*, § XXVII, art. 2, p. 110.

possession des servitudes était toujours et dans tous les cas entachée de précarité.

Bien souvent cette règle était manifestement en défaut et c'était alors compromettre des droits légitimement acquis; ne tenir aucun compte de situations vraiment dignes d'intérêt.

La règle de l'imprescriptibilité absolue suscitait en outre de nombreux inconvénients. « Les plus grands jurisconsultes, disait Bannelier, cherchent à la restreindre dans les pays où l'on est forcé de la suivre par des textes formels (1). »

L'exemple de la loi *Scribonia*, dont la disposition trop rigoureuse fut aussitôt tournée par la jurisprudence, nous montre encore que le système de l'imprescriptibilité était peu pratique. Notre législateur eut donc raison de ne point consacrer dans son œuvre de semblables dispositions.

En résultait-il cependant qu'il fallût admettre le système diamétralement opposé et permettre la prescription de toutes les servitudes ?

Le droit romain le fit dans la dernière période de son histoire, et la plupart de nos pays de droit écrit suivirent sur ce point son exemple.

Cette doctrine, que nous reconnaissons en théorie du moins admissible, nous semble cependant pleine de dangers dans son application pratique. Car presque toujours

(1) Bannelier, cité par Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome II, n° 770, p. 254. C'est pour obvier aux inconvénients de cette règle beaucoup trop absolue que Dumoulin, en son Conseil 26, nos 24 et 25, voulait que, même en pays de Coutume, on admette la prescription centenaire lorsqu'elle n'était pas nommément exclue par les textes.

lorsqu'il s'agira de certaines servitudes, la possession sera précaire, équivoque ou clandestine (1).

Or l'existence d'une servitude passive grevant un fonds est une cause de dépréciation non douteuse. Le droit de propriété est amoindri, la valeur du fonds diminuée. Ajoutons en outre que la gêne résultant d'un pareil état de chose dure aussi longtemps que les fonds eux-mêmes et nous verrons à quel point il importe d'exiger une possession suffisamment caractérisée pour sanctionner l'existence de pareils droits.

Et d'ailleurs en permettant ainsi d'établir toutes les servitudes par la prescription n'arriverait-on pas à mettre les propriétaires voisins dans la nécessité de se montrer intolérants pour ne pas être plus tard victimes de leur complaisance ?

Là encore le législateur vit le danger et il ne lui restait plus qu'à établir un système mixte permettant la prescription pour certaines servitudes et la prohibant pour les autres.

Tel a été l'objet des art. 690 et 691 de notre Code civil. « Les servitudes continues et apparentes, dit l'art. 690, s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans. » Et l'art. 691 ajoute : « Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres. » Nous voyons par la lecture de ces textes que les rédacteurs de

(1) Il nous semble évident que c'eût été sacrifier de bon cœur la liberté des héritages et le droit de propriété lui-même que de permettre d'acquérir par prescription les servitudes négatives. Elles sont bien susceptibles de possession, mais la jouissance de ces droits ne pouvait être déclarée suffisante à l'effet de les établir.

notre Code ont divisé les servitudes en deux classes bien distinctes : 1° celles qui sont à la fois continues et apparentes et 2° celles qui ne présentent pas ce double caractère. Les premières sont traitées, en ce qui regarde la prescription, avec une grande faveur; une grande sévérité au contraire est déployée à l'égard des servitudes de la seconde catégorie.

Dans le cours de notre travail nous aurons à apprécier le mérite de ce critérium. Dès maintenant disons cependant d'un mot qu'il est loin de satisfaire à la fois les exigences de l'esprit et les besoins de la pratique.

Nous essayerons en effet de prouver dans la suite qu'il eût été meilleur de se contenter seulement de l'apparence sans tenir compte du caractère continu ou discontinu de la servitude.

Quoi qu'il en soit, nous nous proposons d'étudier la législation actuelle telle qu'elle est consacrée par les textes en vigueur.

Notre étude comprendra quatre chapitres. Dans le premier nous retracerons l'historique de la question tant en droit romain qu'en droit français et nous nous attacherons, dans le second chapitre, à déterminer quelles servitudes sont prescriptibles sous l'empire de notre Code.

L'examen des diverses conditions requises à l'effet de prescrire fera ensuite l'objet du troisième chapitre. Enfin dans le dernier nous nous efforçons de préciser les effets de la prescription.

Abordons dès l'instant l'exposé de la législation romaine et les diverses règles admises dans notre ancien droit français.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

DROIT ROMAIN. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

1° Droit Romain.

A une époque relativement ancienne et dont nous allons bientôt essayer de fixer le point de départ, le droit romain a connu la prescription acquisitive des servitudes. Il sera intéressant pour nous de connaître les règles admises à Rome en cette matière, car leur influence sur notre ancien droit fut considérable et certaines des distinctions admises aujourd'hui par notre Code lui-même y trouvent leur origine.

Mais sur ce point comme sur tant d'autres, le droit romain ne se présente pas à nous comme un corps unique de doctrines, comme une législation uniforme n'ayant jamais varié et s'étant toujours développée dans un même sens. Il a subi des transformations profondes.

Deux systèmes législatifs opposés, inspirés par des conceptions différentes de la nature juridique du droit de servitude, s'y sont succédé et deux phases distinctes de l'histoire de ce mode d'acquérir correspondent à ces deux systèmes.

Dans une première période, dont le point de départ est incertain et qui va jusqu'à l'apparition d'une loi *Scribonia*,

contemporaine des dernières années de la République, on reconnut à l'usucapion le pouvoir de constituer les servitudes.

Une période de prohibition suivit la loi *Scribonia*, mais elle fut de courte durée. Grâce au préteur en effet un nouveau régime de tolérance vit le jour et plus tard il fut sanctionné et consacré par l'empereur Justinien.

Étudions donc successivement ces deux périodes.

1° Droit antérieur à la loi Scribonia.

Pour étudier l'histoire de l'usucapion des servitudes dans l'ancien droit romain, nous nous proposons de répondre, dans la mesure du possible, aux trois questions suivantes :

A quelle époque l'usucapion commença-t-elle à s'appliquer aux servitudes ?

S'appliquait-elle à toutes ?

A quelles conditions ?

Répondre à la première question n'est pas chose facile. De l'existence d'une loi *Scribonia*, citée par Paul au Digeste (1), nous pouvons tirer argument pour déterminer l'époque où l'usucapion cessa de faire acquérir les servitudes. Tel fut en effet, au dire du jurisconsulte qui la cite, le but de cette loi qu'on place généralement en l'an 719 de Rome sous le consulat d'un certain L. Scribonius Libo.

Une chose certaine c'est que, au temps de Cicéron, l'usucapion était encore permise ; on en trouve la preuve dans son plaidoyer pour Cecina (2), dont la date exacte est inconnue, mais qui a dû être prononcé dans les dernières

(1) Loi 4. § 29. D. XLI, 3.

(2) Cicéron, *Pro Cæcina*, § 26.

années du septième siècle de Rome. Comme on le voit, on peut fixer à quelques années près l'époque où naquit avec la loi *Scribonia* l'ère de prohibition mettant fin à la première période.

Mais pour connaître exactement la sphère d'action de l'usucapion des servitudes, il nous faudrait maintenant savoir depuis quelle époque elle était permise. Or, étant donnée l'absence complète de textes, il ne paraît guère possible de ne fournir sur ce point que de simples conjectures.

Malgré ces difficultés, dans ces dernières années, un auteur, suppléant aux textes par de patientes recherches sur les mœurs romaines et à l'aide de données très simples, de déductions logiques, élabora une théorie fertile en découvertes sur la matière (1).

C'est ainsi que de cette théorie générale de l'usucapion il ressort que ce mode d'acquérir dut s'appliquer aux servitudes dès que cela fut possible matériellement.

En effet, dès que les servitudes furent connues, c'est-à-dire dès que fut connue à Rome la propriété individuelle, pourquoi n'aurait-on pas permis l'usucapion des rares servitudes existant à cette époque ? Il n'y avait aucun obstacle à cela, car aux yeux des premiers Romains ce n'était point là des droits incorporels insusceptibles de possession. Les peuples de civilisation rudimentaire ne sont pas facilement accessibles aux idées abstraites. Or l'idée d'un droit sur la chose d'autrui, d'un démembrement de la propriété est essentiellement abstraite, puisqu'elle suppose la distinction du droit d'avec son objet.

Cela suffirait à la rigueur pour conclure qu'elle est étrangère aux anciens Romains et que la qualification de «jura

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, pages 248 et s., 270 et s., 515 et 516.

prædiorum » donnée aux servitudes par les jurisconsultes de l'époque classique tient à une modification fondamentale des idées juridiques.

Nous n'en sommes pas d'ailleurs réduits à de simples hypothèses, et des textes nous permettent d'affirmer avec certitude que le droit ancien considérait les servitudes comme des choses corporelles et que précisément pour cette raison il permettait de les usucaper, car on acquiert « *usu* » les choses et non les droits (1).

La loi 17 du livre XLIV paraît décisive et si, dans la loi 14 du livre VIII, Paul insiste sur ce fait que les *servitutes prædiorum rusticorum* sont *res incorporales*, c'est évidemment parce que, avant la loi *Scribonia*, elles étaient au contraire *res corporales*.

Sans être toutefois très affirmatif à cet égard, ces constatations nous montrent qu'il est permis de penser que l'usucapion comme mode d'établissement des servitudes suivit de très près la naissance de ces mêmes droits.

Quant à la deuxième question, celle de savoir si toutes les servitudes ou quelques-unes seulement étaient susceptibles de s'acquérir par l'usucapion, elle a suscité de nombreuses divergences entre les auteurs.

Toutes les opinions possibles sur ce point ont été soutenues.

« Les servitudes des champs, dit Dunod, n'étaient pas, dans l'ancien droit, sujettes à l'usucapion qui s'acquérait alors par deux ans et qui requérait une possession réelle et continuelle parce que ces servitudes sont régulièrement discontinues et ne s'exercent que par intermission. Les servitudes des bâtiments qui subsistent par un exercice continuel *actu aut habitu* et par des signes permanents y

(1) Loi 17. D. XLIV. 1 ; — Loi 14 pr. D. VIII. 1.

étaient sujettes, mais elles en furent soustraites par la loi *Scribonia* et soumises seulement à cet égard à la prescription de dix à vingt ans (1). »

D'après cet auteur, on le voit, aucune servitude rurale n'était « sujette à l'usucapion ».

Ortolan, dans son *Traité de droit romain*, professe une opinion qui, pour être moins affirmative, n'en est pas pour cela plus conforme à la réalité des faits : « On est autorisé à penser, dit cet auteur, que cette usucapion antérieure à la loi *Scribonia* s'appliquait uniquement aux servitudes dont on peut dire, suivant les expressions de Paul, « *quasi quodam facto possideo* », lesquelles se trouvent *principalement parmi les servitudes urbaines* (2) ». Si nous

(1) Dunod, *Des prescriptions*, p. 290, part. III, chap. VI.

Dans son *Traité des servitudes réelles*, Lalaure dit également que les servitudes rustiques ne pouvaient jamais, dans l'ancien droit, s'acquérir par l'usucapion, livre II, ch. I, page 105.

On voit que ces auteurs assignent ainsi au point de vue de l'usucapion des servitudes une grande importance à ce fait que la servitude est urbaine ou rurale. Il n'est peut-être pas inutile à ce sujet de se demander quel critérium avaient admis les Romains pour décider si telle ou telle servitude était urbaine ou rurale. La difficulté vient de ce que, dans les textes romains, on ne trouve aucune définition soit de la servitude urbaine, soit de la servitude rurale. Ce que nous savons seulement d'une façon précise et indiscutable, c'est que par *prædium urbanum* il faut entendre tout bâtiment situé à la ville ou à la campagne (loi 1. D. VIII. 4) et par *prædium rusticum* tout terrain non bâti.

La majorité des interprètes admettent que la servitude a été qualifiée dès l'origine suivant la nature du fonds dominant. Un certain nombre de textes confirment cette opinion: loi 1. D. VIII. 1; loi 6. D. XXIII. 5; loi 1. § 1. D. VII. 4.

D'autres cependant, voyant qu'ainsi la même servitude pouvait être tantôt urbaine, tantôt rurale, suivant le sort réservé au fonds dominant, repoussent ce critérium et proposent le suivant : Une servitude peut-elle se comprendre indépendamment de toute idée de construction, elle est rurale? Elle serait urbaine dans le cas contraire. On arrive ainsi à ce résultat, qui paraît plus logique, à savoir que la même servitude sera toujours urbaine ou rurale, mais comment alors ces auteurs expliqueront-ils la loi 20 § 1. D. VIII. 2, où la servitude de passage est citée comme urbaine, la loi 11. § 1. D. VI. 2, où celle d'aqueduc est également comprise parmi les *servitutes prædiorum urbanorum* ?

Il est donc, suivant nous, bien préférable de s'en tenir à la nature du fonds dominant pour déterminer le caractère de la servitude.

(2) Ortolan, tome II, p. 336.

nous arrêtons aux derniers mots du texte cité, nous voyons qu'Ortolan admet la possibilité d'usucaper les servitudes rurales ; toutefois il faut qu'elles soient continues. Ce système est à peu près de tous points celui admis par les rédacteurs de notre Code, mais il n'est même plus conforme aux textes sur lesquels on a coutume de baser cette opinion. On abandonna du reste de bonne heure cette théorie. Le texte de Paul qui lui donna naissance était faussement interprété et signifiait toute autre chose que ce qu'on voulait lui faire dire (1).

Nous aurons à en déterminer le véritable sens et la valeur au cours de ce travail ; aussi ne nous y arrêterons-nous pas en ce moment. Disons cependant d'un mot qu'il suffit à lui seul à réfuter le système dont il est la base. Le principe que Paul a posé au début pour les servitudes rurales, il l'applique à la fin du texte aux servitudes urbaines. Et remarquons en effet que Paul s'explique sur ce dernier point d'une façon tout à fait incidente, ce qui prouve que, pour ces dernières servitudes, la chose n'était point contestée.

Pour les premières, au contraire, il cherche avec beaucoup de soin à justifier la prohibition et ne doit-on pas en conclure que pour elles la règle qu'il reproduit dans cette loi 14 souffrait quelque difficulté?

En outre, même à l'époque où cette opinion comptait les plus illustres défenseurs, nombre d'interprètes pensaient qu'il n'y avait point à établir de distinctions sur ce point

(1) Loi 14 pr. D. VIII. 1. « Servitutes prædiorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur vel ideo quia tales sunt servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem : nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. »

et que les servitudes soit urbaines soit rurales pouvaient toutes être acquises par l'usucapion de deux ans.

Enfin Machelard (1), devant l'insuffisance des textes, considère le problème comme insoluble et de peu d'importance.

Il ne restait plus à soutenir que l'opinion inverse de la première, à savoir que les servitudes rurales purent seules être établies au début par l'usucapion de deux ans.

Elle fit son apparition vers le milieu de ce siècle (2), en Allemagne, où elle fut brillamment présentée et soutenue par une pléïade nombreuse de savants qui s'adonnèrent plus particulièrement à l'étude du droit et des institutions des Romains.

M. Cuq (3) eut le mérite de renouveler cette théorie et d'en être chez nous le vulgarisateur. Les idées émises par lui sur ce point dans son ouvrage sont d'ailleurs pour la plupart extraites du traité de Voïgt intitulé « Uber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servituten Klagen während der römischen Republik ». Voici les raisons qui nous portent à nous ranger à cette opinion et nous décident à admettre que, dans

(1) Machelard, *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, n° 49, p. 39.

(2) Cette théorie se trouve même en germe dans le répertoire de Merlin. Cet auteur pense en effet que les servitudes rustiques pouvaient être usucapées dans l'ancien droit romain. Il se base pour l'affirmer sur le paragraphe 26 du *Pro Cœcina* où on lit en effet: « Aquæductus haustus, iter actus a patre sed rata *auctoritas* harum rerum omnium a jure civili sumitur. » Or, *auctoritas*, remarque Merlin, est le mot employé par la loi des XII tables pour désigner l'usucapion, et cela détruit à son avis l'opinion de Cujas et de Lalaure, au dire desquels les servitudes urbaines étaient seules susceptibles d'être acquises par l'usucapion de deux ans.

Cet auteur remarque enfin que seules les servitudes rurales étaient *res mancipi* et il paraît même incliner à croire, à l'encontre de l'opinion admise de son temps, que seules elles pouvaient s'usucaper.

Merlin, *Rép.*, au mot *Servitudes*, § xx, p. 79.

(3) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, pages 248 et suiv., 270 et s., 515 et 516.

le très ancien droit romain, les servitudes rurales seules s'acquéraient par l'usucapion.

Remarquons d'abord que les *servitutes prædiorum rusticorum* étaient alors considérées comme utiles au premier chef et nécessaires aux besoins de la famille. Or, aux premiers âges de la cité romaine, ce fut là le critérium sur lequel on se basa pour légitimer la propriété en général et notamment celle acquise au moyen de l'usucapion.

Ces servitudes en outre sont incontestablement de beaucoup les plus anciennes : en particulier celles de passage, de puisage et d'aqueduc. Elles remontent sans doute à l'époque du morcellement de l'*ager gentilicus*. Il est probable que, en ce moment, après avoir ainsi partagé la propriété, on laissa aux maîtres de chaque parcelle le droit de se servir de l'eau pour leurs propres besoins, ceux de leurs animaux et pour arroser leurs fonds comme jadis lorsqu'il y avait indivision. De même aussi on leur permit de passer sur le fonds d'autrui, et cela toujours dans un intérêt agricole, intérêt cher au cœur des premiers Romains.

Une autre constatation prouve également l'ancienneté de ces servitudes. Elles sont en effet protégées par des interdits spéciaux à cause sans doute de leur petit nombre. Puis d'autres servitudes rurales prirent naissance et on se contenta d'étendre les interdits déjà existants. Quant aux servitudes urbaines, elles sont uniquement protégées par un seul interdit, l'interdit *quod vi aut clam* (1). Que

(1) Il est juste de remarquer toutefois que la servitude d'égout était aussi protégée par un interdit spécial, bien qu'elle fût urbaine. Mais ceci, loin d'infirmer l'opinion que nous défendons, nous paraît au contraire la fortifier. Il est prouvé en effet que cette servitude d'égout est presque aussi ancienne que les trois servitudes rurales de puisage, de passage et d'aqueduc. Elle prit naissance après l'incendie de la ville par les Gaulois vers l'an 365 de Rome. Il n'y a donc rien d'étonnant et il faut même, pour confirmer le système que nous soutenons, que cette servitude soit protégée par un interdit spécial. Sans cela l'induction que nous tirons des change-

conclure de cette différence de protection, sinon qu'il y a eu avec le temps, sous l'influence des nécessités pratiques auxquelles sacrifiait toujours le préteur, un changement dans sa méthode ?

Au début le nombre des faits qui méritent protection est très restreint. Un moyen spécial est créé pour chacun dans le but d'en assurer le libre exercice.

Plus tard, ces faits deviennent plus nombreux ; alors, au lieu de créer de nouveaux moyens de protection pour chacun, le préteur étend les interdits qu'il a déjà créés pour les servitudes rurales les plus anciennes.

Enfin, à une autre époque de l'histoire, quand naquit la foule des servitudes urbaines loin de créer pour chacune un moyen spécial de protection et ne pouvant pas sans doute se servir d'interdits existants, le préteur, simplifiant encore sa méthode, créa l'interdit *quod vi aut clam* auquel il assigna un champ d'action plus vaste encore puisqu'il devait protéger l'exercice de toutes les servitudes dues aux fonds urbains.

Ce fut, on le voit, dans l'ordre suivant que naquirent à Rome les servitudes. D'abord celle de passage, d'aqueduc et de puisage, ensuite les autres servitudes rurales et enfin les *servitutes prædiorum urbanorum*.

L'histoire et les textes corroborent ces assertions.

La servitude d'aqueduc est en effet mentionnée dans un

ments dans la méthode du préteur pour assigner une date à la naissance des servitudes serait fausse. Elle se trouve au contraire confirmée par ce fait, car autrement pourquoi cette servitude d'égout serait-elle protégée par un interdit spécial quand toutes les autres le sont par un interdit unique ?

Du fait que la servitude d'égout ait été connue du temps où l'usucapion était permise il n'en résulte pas non plus qu'elle ait été forcément susceptible de s'acquérir par ce mode.

Il paraît en effet difficile d'usucaper cette servitude telle qu'elle existait dans l'ancienne Rome alors qu'elle consistait dans le droit de faire passer des tuyaux sous la maison du voisin pour aller rejoindre l'égout collecteur.

passage de Festus qui, selon Voïgt, se rapporterait aux XII Tables. Elle est également citée dans les livres pontificaux. Si nous nous en tenons à l'histoire, nous voyons au contraire que les servitudes urbaines ne furent connues à Rome que vers le VI^e^ siècle. Au début, en effet, les maisons étaient séparées les unes des autres par une bande de terre nommée « ambitus ». On les appelait « insulæ » parce que elles étaient entourées de toutes parts par « l'ambitus ».

Ce fut seulement avec l'accroissement de la population qu'il fallut renoncer à ce procédé et employer tout le terrain dont on disposait. Alors, mais alors seulement, naquit la foule des servitudes urbaines, murs mitoyens, écoulement des eaux, appui, vue, etc...

Il est certain que, bien longtemps avant cette époque, l'usucapion des servitudes était permise et il paraît en outre raisonnable de penser que, lors de leur apparition, les *servitutes prædiorum urbanorum* ne furent point susceptibles de s'acquérir par l'usucapion. Ce n'étaient point là des choses nécessaires aux besoins de la famille. Elles durent au début être vues d'un fort mauvais œil et ne s'implanter qu'avec la plus grande difficulté.

A Rome, en effet, on aime la propriété libre et cette règle ne dut facilement souffrir exception qu'en faveur de l'intérêt agricole. La trace de ces tendances subsistera longtemps, car, même après la prohibition de la loi *Scribonia*, nous verrons la mancipation maintenue comme mode d'établissement des servitudes rurales. Pourquoi encore, aux premiers âges de Rome, la servitude est-elle considérée comme une chose corporelle? C'est parce que on ne connaît alors que celles d'aqueduc, de puisage et de passage. On confond le droit et son objet, on ne dit pas j'ai un droit de prise d'eau, mais l'eau est à moi. Pa-

reille erreur ne se serait point commise à l'égard d'une servitude de vue par exemple. Dans cette hypothèse, on eût vite été amené à distinguer le droit de son objet.

Si nous songeons en outre aux faveurs dont furent l'objet les *servitutes prædiorum rusticorum*, nous ne pourrons point nous étonner que les Romains aient permis à l'usucapion de s'appliquer à elles seules. N'étaient-elles pas déjà parmi les *res mancipi* et ne les avait-on pas déclarées susceptibles d'être données en gage?

Selon Cicéron, d'ailleurs, à l'époque duquel l'usucapion des servitudes était encore permise, cela aurait été dû à l'extension du texte de la loi des XII Tables, permettant l'usucapion des fonds de terre (1).

Quoi qu'il en soit, nous constatons que l'usucapion des servitudes fut permise dans l'ancien droit romain, mais que cette même usucapion ne s'appliqua sans doute qu'aux servitudes rurales.

En ce qui concerne le délai, tout le monde est d'accord, il était de deux ans, les servitudes figurant, à Rome, au nombre des immeubles. Certains auteurs conjecturent bien qu'aux origines les plus reculées du droit romain le délai pour l'usucapion était un délai uniforme d'un an, mais la question est pour nous dépourvue d'intérêt, car à cette époque on ne connaissait vraisemblablement pas les servitudes. Si donc il n'y a point de contestations au point de vue du délai requis, elles reparaissent au contraire nombreuses lorsqu'il s'agit de savoir si le juste titre et la bonne foi étaient exigés.

(1) C'est du moins l'opinion de M. Cuq, *Inst. juridiques des Romains*, page 273. Cet auteur s'appuie sans doute sur ce passage du § 26 du *Pro Cæcina*. « Fundus a patre relinqui potest at usucapio fundi... non a patre relinquitur sed a legibus. Aquæductus haustus iter actus a patre sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur. »

Dans ces dernières années, l'entente paraît cependant s'être faite entre les auteurs modernes, qui inclinent à penser que l'usucapion n'exigeait à cette époque, pour mener à l'acquisition d'un droit, ni le juste titre ni la bonne foi (1).

Le droit antique, comme le remarque M. Esmein (2), évite par instinct la recherche des intentions. Deux conditions suffisent à celui qui s'est emparé d'une chose pour l'usucaper : en faire usage conformément à sa destination, continuer cet usage pendant deux années.

On peut cependant trouver étrange qu'avec un délai aussi court que celui admis pour l'usucapion ancienne on n'ait point exigé le titre et la bonne foi. Pourtant, la brièveté du délai s'explique grâce au peu d'étendue du territoire de la cité et par cette considération capitale qu'on le jugeait bien suffisant pour se rendre compte de l'inutilité de la chose à usucaper pour les besoins de la famille du premier propriétaire (3).

Vous, propriétaire, disait la loi romaine, vous avez dans votre patrimoine une chose dont un autre s'est emparé et qu'il a possédée pendant deux ans. Depuis ce temps, vous n'avez point fait d'opposition, c'est alors qu'elle ne vous est plus nécessaire, tandis que, sans doute, elle doit l'être à celui qui l'a possédée et en a fait usage.

(1) C'est notamment l'opinion de M. Petit, dans son *Traité de droit romain*, p. 206. Cet auteur se fonde sur ce que l'usucapion devait être à l'origine quelque chose de très simple, condition qui n'aurait pas été remplie s'il avait fallu la bonne foi et le juste titre.

(2) Esmein, *Mélanges*, pp. 171, 172.

(3) On a encore donné une autre raison qui, selon nous, explique également comment on a pu se contenter d'un délai aussi court bien que n'exigeant point le juste titre et la bonne foi. Le cycle de la culture foncière dans le Latium et les intervalles qui séparaient les partages entre les membres de la *gens* dans la période de propriété collective étaient de deux années. Dès lors il est assez naturel qu'une fois la propriété individuelle admise le fait de cultiver un champ pendant ce temps ait été considéré comme en faisant acquérir la propriété.

Comment dans ces conditions aurait-on exigé le juste titre et la bonne foi ?

Ce que voulaient les Romains, c'est développer l'activité des citoyens pour que rien ne soit inutile sur le territoire de la République. Et il ne faut pas oublier non plus que dans la Rome antique la propriété tirait sa légitimité de ses affectations aux besoins de la famille. Si donc un droit est inutile à un citoyen, et on le juge ainsi s'il n'en use pas pendant deux ans ou s'il souffre qu'un autre en jouisse au même titre que lui, la loi romaine voit d'un œil très favorable l'acquisition de ce droit par celui qui a su l'utiliser pour ses besoins ou ceux des siens. Comme on l'a fort bien dit, la faculté d'usucaper est une prime destinée à tenir sans cesse en éveil l'activité des citoyens.

Telle est également l'opinion professée par Stintzing, Pernice, Krueger, Voïgt et Esmein (1). Ces auteurs pensent toutefois que l'usucapion n'aurait pas pu se maintenir si elle n'avait pas surtout été considérée comme destinée à sauvegarder les intérêts des acquéreurs sérieux et de bonne foi. Elle profitera, disent-ils, à la mauvaise foi ; mais c'est un résultat qu'on ne peut empêcher, c'est une conséquence forcée de la protection commode et sûre, devant profiter le plus souvent à la bonne foi.

M. Cuq ne partage pas entièrement cet avis. Il n'admet point cette restriction, car selon lui on pourrait bien ainsi expliquer le maintien de l'usucapion dans le droit classique, seulement on n'arriverait pas à justifier le rôle de cette institution dans le très ancien droit romain (2).

(1) Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen, Usucapionslehre*, 1852 ; — Pernice, *Labeo*, II, 152 ; — Krüeger sur Puchta, II 208 ; — Voïgt, II, 232 (cités par Cuq, *Inst. juridiques des Romains*, p. 250) ; — Esmein, *Mélanges*. Sur l'histoire de l'usucapion, pages 171 et suiv.

(2) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 250.

Aux considérations générales que nous venons de développer en faveur de la théorie des auteurs modernes, on peut ajouter des arguments de textes.

Il existe deux définitions très anciennes de l'usucapion : l'une est d'Ulpien, l'autre de Modestin, il n'y est aucunement question de juste titre ni de bonne foi : « Usucapio, dit Ulpien, est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel bienni (1). »

Et Modestin dit aussi : « Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti (2). »

Ces deux définitions, qui coïncident parfaitement, n'exigent que la possession de deux ans.

Le changement que l'on remarque à la fin de la définition de Modestin vient sans doute, en effet, des rédacteurs du Digeste, qui ont substitué à dessein aux anciens délais de un an et de deux ans, une indication vague qui ne fût pas en contradiction avec le droit de Justinien.

D'autre part, d'après les renseignements peu précis, il est vrai, que nous possédons sur ce point, il semble bien que dans la loi des XII Tables le texte relatif à l'usucapion ne précisait également que le délai.

A une certaine époque, d'ailleurs, on éprouva le besoin de corriger les définitions d'Ulpien et de Modestin et nous la trouvons ainsi reproduite dans Isidore de Séville: « Usucapio est adeptio dominii per continuationem *justæ* possessionis vel bienni vel alicujus temporis (3). »

Dans les définitions laissées par Ulpien et Modestin, il n'était pas question de *justa possesssio*. Or précisément, selon M. Esmein , cette *justa possessio* aurait pour

(1) Ulpien, XIX, 8.
(2) Loi 3. D. XLI. 3.
(3) Isidore de Séville, *Orig.*, V, 25, 30, cité par Esmein, *Mélanges*, p. 178, note 1.

ainsi dire servi de transition (1). Cette qualité n'était pas encore le juste titre et la bonne foi, mais elle aurait été trouvée pour remédier à la brutalité de l'usucapion ancienne n'exigeant que le délai.

Il semble bien encore en outre qu'on pourrait tirer argument de l'institution prétorienne pour prouver l'inutilité du titre de la bonne foi en ce qui concerne l'usucapion.

On admet en effet généralement que la *præscriptio longi temporis* imaginée par le préteur pour les servitudes n'exigeait ni le juste titre ni la bonne foi.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de l'établir en étudiant la seconde période. Et s'il en est ainsi peut-on supposer que le préteur ait fait de son chef une si grave innovation !

Il est bien plus probable qu'il a respecté sur ce point les traditions de l'institution ancienne et, comme on l'a dit, qu'il a consacré un vieux type d'usucapion non encore oublié et qui, malgré la prohibition de la loi *Scribonia*, tendait à se maintenir comme un usage.

Le rôle du préteur n'était-il pas de mettre la loi d'accord avec les besoins de la pratique, de la modifier même chaque fois que cela devenait nécessaire?

Avant d'aborder l'étude des réformes prétoriennes, disons maintenant un mot de la période de prohibition allant de la loi *Scribonia*, c'est-à-dire de l'an 719 de Rome, jusqu'au premier siècle de notre ère, où la possession des servitudes fut à nouveau protégée.

Nous avons dit au début que les Romains, considérant les quelques servitudes qu'ils connaissaient comme des choses corporelles, nécessaires aux besoins de la famille, en avaient permis sans difficulté l'usucapion.

(1) Esmein, *Mélanges*, page 185.

Mais bientôt on cessa de les envisager à ce point de vue particulier pour considérer seulement leur valeur pécuniaire. Puis enfin, sous l'analyse des jurisconsultes et dans les discussions de l'école, peut-être aussi grâce à l'apparition des servitudes urbaines de choses corporelles qu'elles étaient, les servitudes en général devinrent des *jura prædiorum* et furent décrétées choses incorporelles, partant non susceptibles de possession.

Ce fut alors que vint la loi *Scribonia* citée par Paul et qui prohiba l'usucapion (1).

La raison qui fit édicter la prohibition de la loi *Scribonia* est donc fort simple, c'est parce qu'on considéra les servitudes comme des choses incorporelles, lesquelles, aux yeux des Romains, ne pouvaient s'acquérir ni par la tradition ni par l'usucapion, modes qui supposent à leur base une possession possible. Paul le dit lui-même : « Incorporales sunt et ideo usu non capiuntur (2), » et Gaius s'exprime encore en termes plus précis. Voici les expressions dont il se sert : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est (3). »

Sans doute la logique eût également voulu que les servitudes *res incorporales* ne pussent, dans aucun cas, être constituées par la *mancipatio*. Or, il n'en fut rien, les textes ne mentionnent aucune prohibition de ce genre. C'est

(1) Loi 4. § 29. D. XLI. 3. « Libertatem servitutum usucapi posse verius est : quia eam usucapionem sustulit lex *Scribonia* quæ servitutem constituebat non etiam eam quæ libertatem præstat sublata servitute. »

Ce texte nous montre en outre combien les Romains, même à l'époque de Paul, tenaient à assurer la liberté des héritages et quels intérêts puissants il fallut au début pour leur faire admettre l'usucapion des servitudes Aussi, même à supposer que les servitudes urbaines eussent été connues à cette époque, il nous paraît juste de penser que l'intérêt qui leur servait de base n'aurait point été suffisant pour en permettre l'établissement par ce mode d'acquérir.

(2) Loi 14 pr. D. VIII. 1.

(3) Loi 43. § 1. D. XLI. 1.

là d'ailleurs un phénomène très fréquent d'institutions qui survivent aux motifs qui les expliquent et, dans le cas particulier qui nous occupe, il n'est pas impossible de justifier cette anomalie.

Tout d'abord il pouvait y avoir utilité pratique à ce que les servitudes prédiales ne fussent pas constituées par l'usucapion; il n'y avait pas la même utilité à ce qu'elles ne le fussent pas par la mancipation. La jurisprudence eût du reste été impuissante à elle seule à modifier le droit sur ce point. Fait bien digne de remarque, et qui fortifie nos assertions, la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* a traversé tout le droit romain et s'y est conservée intacte alors qu'elle était contraire à la logique comme à l'utilité pratique. C'est sans doute qu'elle avait son origine dans la loi des XII Tables et le respect traditionnel des Romains pour toutes les dispositions contenues dans la Loi est bien connu. Sur cette constatation, qu'on ne prohiba pas la mancipation en même temps que l'usucapion, il ne faudrait donc pas en conclure que les motifs assignés par nous à la prohibition de la loi *Scribonia* ne sont pas exacts.

Remarquons enfin que la mancipation n'est pas, comme l'usucapion, uniquement basée sur la possession et qu'on pourrait à la rigueur s'expliquer de ce chef pourquoi la mancipation fut maintenue quand l'usucapion fut prohibée.

Quoi qu'il en soit, après la loi *Scribonia* la règle admise en principe c'est que les servitudes prédiales ne peuvent plus s'acquérir *jure civili* par la possession prolongée.

Cette règle semble d'abord avoir été admise sans tempéraments. Deux textes cependant ont fait naître des doutes à cet égard.

L'un d'eux est ainsi conçu : « Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum ædificiis possint (1). »

De ce texte il paraît bien résulter que, même après la prohibition de la loi *Scribonia*, on pouvait acquérir *jure civili* par la possession prolongée les servitudes urbaines au cas où l'on usucape le fonds dominant. Quant à l'explication de la règle, elle est fort difficile.

Si l'on rapproche de ce texte d'Ulpien un autre texte du jurisconsulte contemporain Paul, on semble bien conduit à admettre qu'il n'en était point ainsi à l'égard des servitudes rurales (2).

La différence, si tant est qu'elle ait existé, ce qui est douteux, peut d'ailleurs s'expliquer par ce fait que la loi *Scribonia* ne prohibait pas l'usucapion des servitudes en termes absolus, mais seulement l'usucapion des servitudes rurales susceptibles, dans le droit ancien, de s'acquérir par la possession prolongée (3).

Un autre texte permet également de croire que, même après la prohibition de la loi *Scribonia*, il était encore permis d'usucaper les servitudes de puisage et d'aqueduc : « Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercedit et biennio usurpata recipitur (4). »

Cela veut évidemment dire que les droits de puisage et

(1) Ulpien, loi 10. § 1. D. XLI. 3.

(2) Loi 14 pr. D. VIII. 1.

(3) Tout ceci, il faut le reconnaître, n'est que pure conjecture, mais explique cependant d'une façon satisfaisante ce texte d'Ulpien. La différence n'a peut-être du reste jamais existé et il était probablement permis d'usucaper dans les mêmes conditions les servitudes rurales même après la loi *Scribonia*. A bien réfléchir, la loi 14 de Paul ne s'y oppose pas. Ce jurisconsulte fait seulement remarquer que les servitudes rustiques « etiam si corporibus accedunt incorporales tamen sunt ». C'est évidemment dans la crainte qu'on les dise choses corporelles que Paul a ainsi pris soin de préciser.

(4) *Sent. Pauli*, I, XVII, § 2.

d'aqueduc, perdus par deux ans de non-usage, revivent ensuite par un nouvel usage de deux ans. M. Accarias, aux yeux duquel ce texte cadrait mal avec la loi du même jurisconsulte où il mentionne les dispositions prohibitives de la loi *Scribonia*, a tenté d'expliquer de la façon suivante ce difficile passage des *Sentences*.

Il est probable, selon lui, que l'idée de Paul était celle-ci : Les servitudes de puisage et d'aqueduc s'éteignent par deux ans de non-usage, à moins qu'un acte de jouissance avant l'achèvement de ce délai n'en soit venu prévenir l'extinction (1). Si Paul a voulu dire pareille chose il s'est bien mal exprimé et cela contraste singulièrement avec la clarté habituelle de ce jurisconsulte. Aussi cette explication ne nous paraît guère satisfaisante.

Précisons l'hypothèse envisagée par le texte. On y parle, comme nous l'avons dit, d'une servitude perdue par le non-usage et recouvrée par la possession prolongée.

Il s'agit alors, non pas de faire naître, par l'usucapion, une servitude nouvelle, mais bien de faire revivre une servitude déjà éteinte, ce qui est tout à fait différent. Nous nous trouvons en effet en présence d'une hypothèse d'*usureceptio* et non d'*usucapio*. L'*usureceptio* n'est, il est vrai, qu'une forme de l'usucapion, *species usucapionis* (2). De plus elle s'accomplissait dans le délai d'une année *etiamsi res soli sit* (3), par suite il devient impossible d'expliquer le texte de Paul d'une façon rationnelle.

Remarquons cependant que, pour ce jurisconsulte lui-même, cette disposition n'était pas contradictoire avec la règle que les servitudes ne peuvent être usucapées. Il dit expressément de la servitude d'aqueduc qu'elle ne peut

(1) Accarias, tome I, note 2, p. 680.
(2) Gaius, II, 59.
(3) Gaius, II, 59.

pas l'être (1) et de suite il admet comme correctif qu'elle peut être recouvrée par l'usage lorsqu'elle a été perdue par le non-usage (2).

2e période.

Le régime de prohibition mis en vigueur par la loi *Scribonia* selon toute probabilité eut une durée d'un siècle et demi environ. Vers la fin du premier siècle de notre ère en effet, frappé des inconvénients que suscitaient dans la pratique les dispositions prohibitives de la loi *Scribonia* et ne s'arrêtant pas à l'idée de l'incorporalité des servitudes, le préteur créa la quasi-possession, qui est au droit de servitude ce que la possession elle-même est au droit de propriété.

Cette réforme, bien que combattue par Labéon, Pomponius et Gaïus, fut cependant accueillie favorablement par la plupart des jurisconsultes. Elle s'imposait. Dans la première analyse on était allé trop loin ou l'on s'était arrêté en chemin, car, ainsi qu'on l'a très justement fait remarquer, le droit de propriété est tout aussi incorporel que le droit de servitude.

On ne prohiba pas cependant l'usucapion des fonds de terre.

On ne vit point sans doute que la chose corporelle faisant l'objet d'un droit de propriété ne perdait pas ce caractère de corporalité en tant qu'elle était soumise à un droit de servitude.

Plus familiarisés avec l'abstraction, capables d'édifier des doctrines, de dégager les principes du droit, les juris-

(1) *Sent. Pauli*, I, XVII, § 1.
(2) *Sent. Pauli*, I, XVII, § 2.

consultes de l'époque classique comprirent vite la fausseté des motifs qui donnèrent naissance à la prohibition de la loi *Scribonia;* aussi ne s'opposèrent-ils pas à la réforme prétorienne. Au temps de Javolenus, le principe en était définitivement admis. « Quotiens via, dit ce jurisconsulte, aut aliquod jus fundi emeretur cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quo minus eo jure uti possit : quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt (1). »

Cette quasi-possession admise par le préteur se traduisait extérieurement par l'usage même de la servitude. Passer sur un fonds, puiser de l'eau à une fontaine, entretenir un aqueduc, tels sont les faits dont la répétition plus ou moins fréquente constitue la quasi-possession des droits de passage, de puisage et d'aqueduc.

Pour faire acquérir les servitudes *jure prætorio*, cette quasi-possession devait se manifester *animo et corpore*, il est nécessaire de passer et de puiser à titre de maître, en d'autres termes d'user de la servitude comme d'un droit à soi appartenant.

Mais si nous sommes fixés sur l'existence de la réforme prétorienne, nous le sommes fort peu en revanche sur sa nature et sur son étendue.

On a remarqué qu'en cette matière les textes évitent toujours d'employer l'expression « præscriptio longi temporis ». Ils disent « diuturnus usus », « longa quasi possessio », « longa consuetudo ».

C'est sans aucun doute une preuve que les règles de l'institution prétorienne diffèrent de celles de la *præscriptio longi temporis*.

(1) Loi 20. D. VIII. I.

Seulement dans quelle mesure y déroge-t-on? C'est probablement en ce qui concerne le délai et les conditions de juste titre et de bonne foi.

Voici quelle est sur ce point la doctrine de M. Accarias (1). Il faut toujours, dit cet auteur, une possession de dix ou vingt ans. Ce délai suffit toutes les fois qu'il y a juste cause; dans le cas contraire, en vertu de son pouvoir d'appréciation, le juge peut même exiger une possession immémoriale. Pour M. Girard (2), au contraire, le délai aurait été laissé à l'origine à l'arbitraire du juge qui décidait d'après les circonstances de la cause si la possession avait duré assez de temps pour acquérir la servitude. Mais à l'époque de Paul le délai de dix à vingt ans aurait été admis comme obligatoire. « Longum autem tempus, exemplo longæ præscriptionis decennii inter presentes et inter absentes vicennii computatur (3). »

En ce qui concerne la bonne foi, elle est nécessaire, dit M. Accarias, car aucun texte n'en dispense (4).

Au contraire, ajoute le même auteur : « Pas de *justa causa* nécessaire. Les servitudes, à la différence de la propriété, peuvent être acquises *longo tempore* non seulement par celui qui a traité avec un non propriétaire, mais encore par celui qui n'a traité avec personne. »

La *justa causa* serait cependant nécessaire par exception, s'il s'agissait de servitudes négatives, la quasi-possession devant être sans cela forcément clandestine.

La théorie de M. Accarias paraît trop complexe et pour ce motif semble bien étrangère à une institution que le préteur avait dû vouloir avant tout simple et pratique.

(1) Accarias, tome I, p. 684.
(2) Girard, *Droit Romain*, p. 363.
(3) *Sent. Pauli*, V, VA, § 3.
(4) Accarias, tome I, p. 684.

En outre, s'il faut en croire M. Esmein, on ne séparerait jamais à Rome le juste titre et la bonne foi ; l'une de ces qualités, pense cet auteur, commande l'autre et suivant lui ni l'une ni l'autre n'étaient ici exigées (1).

De plus, on pense communément aujourd'hui, et c'est notamment l'opinion de M. Petit, qu'il n'y avait point de délai fixe et déterminé (2), pas même sans doute à l'époque de Paul, ainsi que l'enseigne M. Girard.

A l'appui de cette opinion on cite un texte d'Ulpien duquel il semble bien résulter que le délai était variable suivant les cas et qu'il fallait seulement une possession publique et à titre de maître. « Si quis diuturno usu, dit Ulpien, et longa quasi possessione, jus aquæ ducendæ nactus sit non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo sed utilem habet actionem, ut ostendat *per annos forte tot* usum se, *non vi*, *non clam*, *non precario* possedisse (3). »

Lorsque le préteur juge que la quasi-possession exempte de vices, c'est-à-dire ni violente, ni précaire, ni clandestine, a duré assez longtemps, il déclare alors la servitude légitimement acquise (4).

Il faut remarquer toutefois qu'elle n'est point acquise en droit civil et que le préteur en protège seulement la possession (5) et l'exercice, tantôt à l'aide des interdits quasi possessoires, tantôt encore au moyen d'une exception et parfois allant même jusqu'à donner au possesseur

(1) Esmein, *Mélanges*, note 2, p. 180.
(2) Petit, *Droit Romain*, p. 228.
(3) Ulpien, loi 10 pr. D. VIII. 5.
(4) Ulpien, loi 1. § 23. D. XXXIX. 3. « Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque precario neque clam habuisse longa consuetudine vel ex jure impositam servitutem videatur... eritque ista quasi servitus in quam in rem utilem actionem habemus vel interdictum. »
(5) Loi 20 *in fine*. D. VIII. 1.

de la servitude une action utile ainsi que nous l'apprend le texte d'Ulpien que nous avons cité tout à l'heure ; *utilem habet actionem*, dit en effet ce jurisconsulte en parlant du quasi-possesseur d'une servitude d'aqueduc. Nous voyons ainsi que le préteur est allé aussi loin qu'il le pouvait dans la voie des réformes puisqu'au lieu de se borner à la protection possessoire à l'aide d'interdits, il en est arrivé à l'époque d'Ulpien à accorder une action utile protégeant ainsi la servitude d'une manière aussi efficace que si elle avait été constituée par un mode du droit civil... *ut... vel ex jure impositam*, selon les propres expressions d'Ulpien (3).

Dans le droit de Justinien, la *præscriptio longi temporis* est un mode d'acquisition des servitudes, mais à cette époque aucun doute n'est permis pour les conditions de délai de juste titre et de bonne foi. Un texte très précis et très clair nous apprend que le délai requis est celui de dix à vingt ans et qu'il faut, pour l'acquisition des servitudes comme pour celle de la propriété, le juste titre et la bonne foi. Voici ce que dit à ce sujet le texte auquel nous faisons allusion. « Eodem observando etsi res non soli sint sed incorporales quæ in jure consistunt veluti usufructus et *ceteræ servitutes* (2). » Il est donc inutile d'insister sur ce point qui ne présente aucun doute. La loi 12 que nous venons de citer, en employant l'expression « ceteræ servitutes », semble bien laisser entendre que toutes les servitudes étaient susceptibles de s'acquérir par la prescription *longi temporis* au temps de Justinien, mais en était-il de même en droit prétorien ?

Les seules servitudes susceptibles d'être acquises par la

(1) Ulpien, loi 1. § 23. D. XXXIX. 3
(2) Loi 12 *in fine*, § 4. C. VII. 33.

possession prolongée n'auraient-elles pas été plutôt celles *quæ in superficie consistunt*, et celles encore qui ont *certam continuamque possessionem*, suivant les expressions de Paul (1). S'il en avait été ainsi, notre législateur français aurait en tout point copié l'institution prétorienne, car, on le voit, pour acquérir à Rome la servitude par la possession prolongée, il aurait fallu, comme cela est requis chez nous, l'apparence et la continuité. Nous conclurons, cependant, qu'il n'en était point ainsi et, renonçant à expliquer les textes de Paul que nous venons de citer, nous dirons qu'en droit prétorien toutes les servitudes pouvaient s'acquérir par la possession prolongée.

Ulpien (2) nous dit en effet que la servitude d'aqueduc est prescriptible; elle est continue, mais peut ne pas être apparente. De plus nous avons un autre texte qui s'exprime en termes très généraux, et qui selon nous tranche nettement la question (3).

Ancien droit Français.

Après avoir étudié les dispositions de la législation romaine touchant l'acquisition des servitudes par la possession prolongée, il nous faut maintenant chercher les règles admises sur ce point par notre ancien droit français.

Nous nous trouverons ici en présence de deux systèmes législatifs simultanément en vigueur et très opposés en apparence.

Dans les pays de droit écrit, où l'on croit suivre les dispositions de la loi romaine, nous verrons que la prescrip-

(1) Paul, loi 20 pr. D. VIII. 2; Paul, loi 14 pr. D. VIII. 1.
(2) Ulpien, loi 10 pr. D. VIII. 5.
(3) Loi 1. § 23. D. XXXIX. 3.

tion est en principe largement admise alors que, dans les pays de coutume, au contraire, prévaut la règle : Nulle servitude sans titre. Tels sont du moins les principes. Telles sont les différences nettement accusées qui ressortent d'un examen superficiel. Mais si nous essayons d'étudier de plus près la législation de notre ancienne France, l'opposition entre les deux systèmes admis nous paraîtra plus apparente que réelle. Nous serons frappés de ce fait bien digne de remarque que, partant de principes si opposés, le droit coutumier et le droit écrit tendent sans cesse à se rapprocher et arrivent en fait à combler presque entièrement l'abîme qui les devrait séparer. Les parlements de droit écrit introduisirent en effet dans les textes des distinctions qui ne s'y trouvaient point et réglementèrent plus étroitement la prescription des servitudes se prêtant ainsi d'une manière inconsciente à la transformation du droit sous l'influence des besoins de la pratique et celle de l'évolution des mœurs.

Dans les pays de Coutume, on veut à l'inverse adoucir la règle de l'imprescriptibilité et la restreindre dans la mesure du possible, en l'appliquant dans toute sa rigueur alors seulement qu'un texte clair et précis le commande.

Nous allons passer rapidement en revue les dispositions appliquées dans les pays de droit écrit et dans ceux de Coutume.

Pays de Droit écrit

Pour connaître d'une façon complète la législation des pays de droit écrit sur le point particulier qui nous occupe, il serait nécessaire de passer successivement en revue la jurisprudence de chaque parlement.

Toutefois, un pareil procédé serait long et fastidieux ;

aussi, même au risque d'être incomplet, préférons-nous nous en tenir à l'exposé des principes généraux en synthétisant les règles admises de façon à être aussi clair que possible.

Pour arriver à ce but, nous allons nous efforcer de répondre aux deux questions suivantes :

Quelles servitudes sont prescriptibles ? A quelles conditions?

La réponse à la première question est facile. En pays de droit écrit, on peut poser en principe que toutes les servitudes sont prescriptibles. Toutes peuvent s'acquérir par l'effet de la possession prolongée. Nous verrons bientôt que les conditions de délai de juste titre et de bonne foi sont très variables. Mais avant d'étudier ce point signalons quelques exceptions au principe.

La règle n'est en effet pas absolue. C'est ainsi qu'à Dijon, bien que cela ne soit pas certain, il était probablement interdit de prescrire les servitudes urbaines même continues (1).

De même dans le Lyonnais, le Forez et le Baujolais, on défendait de prescrire les servitudes dans les villes et les faubourgs, cela pour ne pas nuire à la beauté des édifices (2). Nous remarquerons du reste à ce propos, avec

(1) Brillon, tome VI, p. 183. Taisand, sur la Coutume de Bourgogne, titre 14, n° 8. Cités par Lalaure, livre II, ch. VI, p. 127. Cet auteur paraît toutefois ne pas adopter cette opinion, p. 155. Cependant, si l'on discute pour savoir quelles servitudes sont imprescriptibles on semble bien d'accord pour admettre que certaines présentent ce caractère d'imprescriptibilité.

(2) Bretonnier, cité par Merlin, *Rép.*, au mot *Servitudes*, § 22, art. 6, p. 91. Arrêt du 2 août 1668. *Journal des audiences*, tome III, livre II, ch. XXIII.

Lalaure, livre II, ch. IX, p. 169, pense que les seules servitudes qui étaient imprescriptibles étaient celles qui grevaient les bâtiments. En d'autres termes même dans les villes si le fonds servant ne supportait pas de bâtiments le droit était prescriptible. Cette opinion répond pleinement aux motifs qui firent inspirer la prohibition, elle satisfait les exigences sans les dépasser, mais était-elle bien consacrée par la Jurisprudence ?

Lalaure (1), que ce n'était point défendre la prescription des servitudes urbaines, car il peut s'en présenter de cette nature dans les campagnes, comme à l'inverse on peut rencontrer des servitudes rurales dans les villes.

Citons enfin une dernière prohibition particulière à la Basse-Navarre. Dans toute cette province aucune servitude en terre et place vide ne pouvait être prescrite sur les biens d'un seigneur (2). C'était là, sans doute, une prérogative résultant de la prépondérance qu'avait su s'assurer la noblesse dans ce pays.

Telles sont les exceptions à la règle de la prescriptibilité, exceptions peu nombreuses, comme on le voit, et qui ne sont pas de nature à infirmer le principe. Si maintenant nous essayons de répondre à la seconde question cherchant à préciser les conditions nécessaires, pour utiliser la possession à l'effet de prescrire, nous nous trouvons en présence d'une tâche bien plus difficile.

Les règles varient suivant qu'on envisage les servitudes continues ou discontinues, urbaines ou rurales, visibles ou cachées, nécessitant ou non pour leur existence l'établissement de travaux sur le fonds servant. Elles varient encore avec la jurisprudence des divers Parlements et nous ne trouvons nulle part aucune unité, pas même dans le délai admis qui la plupart du temps est de trente années, mais peut être aussi de cent ans ou de dix à vingt ans.

Pour extraire quelques principes utiles de ces règles multiples le moyen le plus sûr nous paraît être d'étudier successivement la possession immémoriale, celle de trente

(1) Lalaure, livre II, ch. IX, p. 168.
(2) Merlin, *Rép.*, v° *Serv.*, § 22, art. VII, p. 92.

ans et la prescription abrégée de dix à vingt ans, nous efforçant de déterminer dans le ressort de chaque Parlement le domaine précis de chacune de ces trois prescriptions.

Étudions d'abord les cas d'application de la possession centenaire.

On acquiert en principe par ce délai toutes les servitudes discontinues, c'est-à-dire celles qui sont traitées avec le moins de faveur. C'est la règle admise à Aix, à Dijon pour la Bresse et le Bugey, à Pau et à Toulouse (1).

Parfois cependant le caractère de discontinuité ne nécessitait pas à lui seul l'emploi de la possession immémoriale. A Bordeaux, par exemple, cette prescription centenaire n'était requise que si la jouissance du droit n'avait point été précédée de contradiction (2), à Grenoble s'il s'agissait d'une servitude à la fois rurale et discontinue (3), à Besançon enfin si, à la discontinuité, s'ajoutait la non-apparence (4).

Le domaine de la prescription centenaire était donc très vaste, car, à part les quelques exceptions que nous venons de signaler, dans le ressort de tous les Parlements elle était nécessaire, pour faire acquérir les servitudes discontinues.

Sans essayer de justifier cette institution que notre législateur n'a pas cru bon de maintenir, nous dirons toutefois que, vu la longueur de la jouissance exigée, appliquée

(1) Merlin, *Rép.*, *Serv.*, § 2, art. 2, p. 84 ; art. 4, p. 89; art. 7, p. 92; art. 8, p. 92 ; — Lalaure, livre II, ch. VII, page 159 *in fine*.

(2) Merlin, *Rép.*, *Serv.*, § 22, art. 3, p. 86 ; — Lalaure, livre II, chap. V, p. 121.

(3) Merlin, *op. cit.*, § 22, art. 5, p. 90.

(4) Merlin, *op. cit.*, § 22, art. 2. p. 85 ; — Arrêt du 2 ventôse an IX. — Quest. de Droit, au mot *Servitude*, § 2.

même aux servitudes discontinues, elle ne devait pas présenter de grands inconvénients dans les pays où elle était admise.

Remarquons que, dans tous ces cas, la possession se suffisait à elle seule pour valider l'acquisition. Jamais avec elle on exigeait le juste titre et la bonne foi. Comme nous l'apprend Dumoulin, elle était considérée comme l'équivalent du titre (1) et le faisait présumer. Quant à la possession trentenaire, que nous allons maintenant étudier, elle n'exige pas plus que la précédente le juste titre et la bonne foi. Son domaine, en revanche, est beaucoup plus limité. Presque toujours elle est impuissante à faire acquérir les servitudes discontinues. Elle le peut cependant dans le ressort du Parlement de Bordeaux, à condition que la jouissance ait été précédée de contradiction (2).

A Aix elle n'est exigée que pour les servitudes continues qui ne nécessitent pas l'établissement de travaux sur le fonds servant (3). Elle est requise à Besançon même pour celles qui sont visibles et continues (4), enfin, dans la Bresse et le Bugey, l'apparence est inutile et le seul fait de la continuité rend les servitudes prescriptibles par trente ans d'usage (5).

Reste la prescription de dix à vingt ans, dont le champ d'application est encore plus restreint. A l'inverse de la prescription immémoriale et de la prescription trente-

(1) Dumoulin, Conseil 26, nos 24 et 25.

(2) La Peyrère, *Décisions*, nombre 62, § 77, cité par Lalaure ; — Lalaure, livre II, ch. v p., 121 ; — Merlin, § 22, art. 1, p. 84.

(3) Arrêt du 17 juin 1753, cité par Lalaure, livre II, chap. III ; — Arrêt du 16 mars 1655, Boniface, tome I, liv. II, ch. II, cité par Merlin, § 22, art 1er, p. 84.

(4) Lalaure, livre II, ch. IV, p. 114 ; — Merlin, § 22, art. 2, p. 85.

(5) Lalaure, livre II, ch. VII, p. 56 ; — Merlin, § 22, art. IV, p. 89.

naire, elle exige toujours avec elle le juste titre et la bonne foi (1).

Elle n'est admise du reste que dans le ressort des Parlements d'Aix et de Pau. Dans le premier, elle suffit à faire acquérir les servitudes continues qui nécessitent l'établissement de travaux sur le fonds servant (2),alors qu'à Pau, ou dans la Basse-Navarre tout au moins, il suffit que les servitudes soient simplement continues (3).

Dans le ressort des Parlements de Besançon, de Bordeaux, de Dijon et de Grenoble, la prescription de dix à vingt ans est au contraire dépourvue de toute efficacité (4).

Telles sont en résumé les principes admis par le droit écrit en matière de prescription des servitudes et les diverses distinctions qui s'y sont introduites. Abordons maintenant l'étude de la législation coutumière.

Pays de Coutume.

Toutes les dispositions contenues dans les diverses Coutumes peuvent se ramener à quatre types et former quatre groupes.

Dans un premier groupe, on peut placer toutes les Coutumes qui n'admettent point la prescription, et cela d'une manière absolue.

(1) Un arrêt du 17 juillet 1718 rapporté par Bonnet, lettre P, p. 302;— Bonnet, cité par Merlin, § 22, art. 2, p. 85, permet cependant d'en douter. La prescription de dix à vingt ans y est admise et on ne parle ni du titre ni de la bonne foi.

(2) Lalaure, livre II, ch. III, p. 112, hésite cependant à admettre la prescription de dix à vingt ans dans le ressort du Parlement d'Aix. En sens contraire: Merlin, § 22, art. 2, p. 84.

(3) Merlin, § 22, art. 7, p. 92.

(4) Lalaure, livre II, ch. IV, p. 113; — Merlin, § 22, art. 2, 3 et 5, pp. 85, 86 et 90.

Le deuxième groupe comprend celles qui l'admettent pour certaines servitudes seulement.

Le troisième est composé des Coutumes qui autorisent pleinement la prescription, et dans le quatrième enfin nous placerons les Coutumes muettes.

1° *Coutumes qui n'admettent point la prescription.*

Dans ce groupe, à part quelques exceptions qui ne sont point de nature à faire fléchir la règle, aucune prescription n'est possible fût-ce même par cent années de possession. « Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance « quelle qu'elle soit sans titre encore qu'on en ait joui par « cent ans (1). » Des dispositions analogues se rencontrent dans les Coutumes de Calais, d'Auxerre, de Dourdan, etc. Quant à l'art. 190 du chap. XI de la Coutume d'Orléans, il a donné lieu à quelque difficulté. Voici ce que dit ce texte. « Veües et égouts ne portent saisine à celuy qui les a contre autrui s'il n'a tiltre et sans tiltre ne les peut prescripre par quelque laps de temps que ce soit (2). » On a soutenu que la possession centenaire n'était point exclue par cette expression de « quelque laps de temps que ce soit ». On se fondait principalement pour le soutenir sur l'avis de Dumoulin (3). Cette opinion ne prévalut pas cependant.

En s'attachant en effet littéralement aux termes, comme le fait remarquer un auteur, on pourrait soutenir que là où la prescription de cent ans est nommément exclue, on n'a pas voulu en interdire une plus longue. Avec l'expression quelque temps que ce soit au contraire toute possession

(1) Art. 186; Cout. Paris, Bourdot de Richebourg, tome III, p. 44.
(2) Bourdot de Richebourg, tome III, p. 748.
(3) Dumoulin en son Conseil 26, nos 24 et 25.

est inutile, fût-elle de mille ans (1). Il faut donc, dans ce cas, suivre le droit commun et se conformer à la règle « nulle servitude sans titre ».

On place habituellement aussi dans ce groupe quelques Coutumes telles que celles de Limoges et de Sedan, où la règle est toujours l'imprescriptibilité, mais où l'on admet toutefois que le titre peut être suppléé par quelque équivalent (2).

« Le voisin ne peut acquérir droict de servitude sans tiltre, dit la Coutume de Sedan, par quelque temps qu'il en ait jouy et ne peut par longue jouissance quelle qu'elle soit acquérir prescription sans tiltre ou chose équipollente à tiltre (3). »

Des témoignages de Dumoulin et de Guy Coquille (4), il résulterait néanmoins que, dans ces Coutumes, il y avait pourtant une servitude prescriptible : celle d'égoût incorporé.

Desgodets (5) conteste cependant cette exception, mais dit que dans ces Coutumes si on ne prescrit point les égouts incorporés, du moins fait-on exception à la règle, nulle servitude sans titre, en faveur des aqueducs publics et des

(1) Lalaure, livre III, chap. XII, p. 277; arrêt rapporté par cet auteur, p. 278. — Chambre des Enquêtes, 12 mars 1755.

(2) Peut-être faut-il rapprocher de cette disposition le texte de la Coutume de Meaux; chap. XII, art. 75. Bourdot de Richebourg, tome III, p. 388. « La tolérance ou souffrance d'aucun qui a souffert autrui avoir veüe, aigoust en eschelage en son heritage ne donne, ne fait acquérir jouissance contre lui sans titre exprès sinon qu'il l'eust voulu empescher ou contredire et nonobstant son empeschement ou contradiction celuy qui avait eu auparavant les dites veües aigoust ou eschelage en eust jouy et en ce cas il pourrait prescrire les dites servitudes par longue espace de temps. »

(3) Bourdot de Richebourg, tome II, p. 819.

(4) Dumoulin, sur l'art. 230, Cout. Blois;— Guy-Coquille, sur la Coutume du Nivernais, chap. 10, art. 2, mot *Egout*, cité par Merlin, *Rép.*, p, 95.

(5) Desgodets, sur l'art. 186 de la Cout. Paris, nos 7 et 8, cité par Merlin, *Rép.*, p. 95.

petites rivières servant à écouler les eaux de tout un pays.

Merlin (1), qui admet avec Dumoulin et Guy Coquille, l'exception qu'ils proposent, admet également celle dont parle Desgodets.

Dans les Coutumes de Blois, de Chartres et du Loudunois (2), on ne prohibe expressément que l'acquisition de certaines servitudes. Doit-on placer ces Coutumes dans le 1er ou le 2e groupe? On a soutenu que ces dispositions n'excluaient point la prescription pour toutes les servitudes et que par conséquent les pays où de pareilles dispositions étaient en vigueur appartenaient au 2e groupe.

L'opinion contraire nous paraît pourtant préférable, et c'est, à notre avis, mal interpréter ces textes que de croire qu'en prohibant la prescription de certaines servitudes ils ont entendu *a contrario* permettre la prescription des autres droits de ce genre.

On pourrait d'abord, dans l'autre sens, tirer argument des mots « et autres choses semblables » de la Coutume de Normandie; toutefois cela n'est point nécessaire.

En parlant de certaines servitudes seulement sans s'occuper des autres, ces textes entendent non point déclarer prescriptibles celles dont ils ne parlent pas, mais bien ne rien décider à cet égard. C'est alors aux dispositions du droit commun de la matière, c'est-à-dire, comme nous le verrons bientôt, à l'art. 186 de la Coutume de Paris, qu'il faut se reporter pour savoir si elles peuvent ou non s'acquérir par la possession de longue durée (3).

(1) Merlin, *Rep.*, § 24, art. 1, p. 95.

(2) « Veües et agouts de maisons par quelque temps qu'ils ayent été maintenuz ne portent point de saisine. » Loudunois, ch. 21, art. 1; Bourdot de Richebourg, tome IV, p. 727. L'art. 608 de la Coutume de Normandie dit également : « Droicture de servitudes de veües, egouts de maisons et autres choses semblables..... » (Bourdot de Richebourg, tome IV, p. 91).

(3) Merlin, *Rép., Servit.*, § 24, art. 2, p. 97.

2° *Coutumes où la prescription est admise pour certaines servitudes seulement.*

Cette catégorie de Coutumes est peu intéressante à étudier et ne présente point de difficultés. Il suffit d'énumérer les divers critériums admis et de citer quelques textes.

En Bretagne, par exemple, on ne peut prescrire les servitudes dans les places vides et les terrains non clos ; celui qui veut se clore en garde toujours le droit « nonobstant longue tenure d'y aller et venir et faire pâturer durant qu'elles étaient décloses (1) ». On trouve une disposition toute semblable dans l'art. 2 du chapitre 10 de la Coutume du Nivernais (2).

D'autres Coutumes admettent seulement la prescription pour les servitudes rurales, qu'elles divisent même en continues et discontinues, exigeant un délai plus long pour ces dernières.

Quelques-unes, comme celles d'Anjou et de Reims, admettent la prescription des servitudes à la campagne tandis qu'elles l'interdisent dans les villes et les faubourgs.

Voici les dispositions très claires que contient à ce sujet la seconde de ces Coutumes. « En la cité et ville de Rheims et ès faubourgs, droits de veues, d'esgouts et autres servitudes ne s'acquièrent par prescription. . . . . Et hors ladite cité et ville et faubourgs les droits de servitude s'acquièrent par prescription (3). »

(1) Art. 393, « Bourdot de Richebourg, tome IV, p. 386.

(2) En place vuide de ville ou de champs aucun n'acquiert droit ou possession de servitude réelle desgout, esvier, veüe, passage ou autres semblables par quelque laps de temps que ce soit, s'il n'en a tiltre ou contradiction en laquelle il soit demeuré pendant trente ans paisiblement.» (Bourdot de Richebourg, tome III, p. 1137.)

(3) Bourdot de Richebourg, tome II, p. 514.

Dans les Coutumes d'Épinal et de Lorraine,pour qu'une servitude soit prescriptible, il faut qu'elle soit connue du voisin. La charge de la preuve incombait sans doute à celui qui alléguait la jouissance. Le délai requis était de 21 ans à Épinal (1) et de 30 ans en Lorraine (2).

3° *Coutumes où la prescription des servitudes est pleinement admise.*

Dans ce troisième groupe on se montre très favorable à la prescription des servitudes. Les conditions à remplir pour atteindre ce but varient avec la nature du droit et les dispositions de chaque Coutume, mais le principe c'est que toutes les servitudes peuvent être acquises par la possession de longue durée.

Tantôt, comme l'exige la Coutume de Douai, il faut une possession immémoriale (3).

Tantôt comme à Amiens, art. 165, on distingue suivant qu'il s'agit de servitudes visibles ou cachées, exigeant pour ces dernières un titre ou une possession de quarante ans, tandis que pour les autres la possession de trente ans sans titre suffisait et même celle de dix à vingt ans, s'il y avait juste titre.

Beaucoup de Coutumes distinguent encore suivant qu'il s'agit de servitudes *continues* et *discontinues*, se montrant beaucoup plus faciles pour les premières.

Quelques-unes enfin, comme celles d'Artois art. 72, du

(1) « Esgouts ny autres servitudes par actes occultes et latens non cogneuz au voisin ne se peuvent prescripre par quelque laps de temps que ce soit. Si les actes et la jouissance luy en sont patens et cogneuz peuvent être prescripts par 21 ans en la forme dont son voisin se trouvera en avoir jouy. » (Titre 10, art. 6, Bourdot de Richebourg, tome II, p. 1136.

(2) Titre 14, art. 4, Bourdot de Richebourg, tome II, p. 1113.

(3) « Par ladite Coustume prescription (sauf immemoriale) n'a lieu en matière de portement deaues et autres servitudes, » chap. IX, art 2. Bourdot de Richebourg, tome II, p. 988.

De même, art art. 216, Cout. du Grand-Perche, Bourdot de Richebourg, tome III, p. 660

Bourbonnais art. 120, de Châlons art. 144, décident que les servitudes sont prescriptibles par le même temps que les autres immeubles.

4° *Coutumes muettes.*

Que décider au cas où la Coutume ne contient point de décision sur ce point particulier ?

Faudra-t-il appliquer les principes du droit romain ou, comme l'enseigne Boucheul, distinguer entre les servitudes apparentes et celles qui ne le sont pas, déclarant les premières prescriptibles par la possession immémoriale, tandis qu'il faudrait appliquer aux autres l'art. 186 de la Coutume de Paris (1)?

Est-il préférable encore de recourir aux usages admis dans la Coutume la plus voisine ?

En réalité, toutes ces mesures sont arbitraires et il nous semble plus juste de se conformer sur ce point à l'art. 186 de la Coutume de Paris qui est sur ce point le droit commun de la France. La règle sera donc que, dans toutes les Coutumes muettes, aucune servitude ne pourra s'acquérir par la prescription.

Merlin (2) nous rapporte une sentence du présidial de la Rochelle qui le jugea ainsi pour une servitude continue et apparente et qui fut confirmée par un arrêt du Parlement de Paris, du 6 février 1782, parce que, dit cet arrêt, dans les Coutumes muettes comme celles de la Rochelle, on doit suivre la règle admise dans l'art. 186 de la Coutume de Paris.

Notons toutefois que certains auteurs partisans de ce système assurent que des actes énonciatifs d'une servitude visible accompagnés d'une jouissance paisible et im-

(1) Boucheul, sur l'art 172 de la Coutume de Poitou, n° 180.
(2) Merlin, *Rép.*, *Servitudes*, § 27, art. 11, p. 110.

mémoriale, avaient le pouvoir de faire maintenir dans l'usage du droit (1).

(1) Ragueneau, sur la Coutume de Berri, titre 11, art. 2 ; — Lathaumassière, sur la Coutume de Montargis, titre 10, art. 1; — Valin, sur la Coutume de la Rochelle, art. 59, n° 42 (cités par Merlin, § 27, art. 3, p. 112). — On discutait également sur le point de savoir si la Coutume de La Marche devait être rangée dans le quatrième groupe. — Couturier de Fornoues, cité par Merlin, p. 111, Lalaure, ch. 17, titre III, sont de cet avis; — Merlin, page 112, semble se prononcer en sens contraire.

CHAPITRE II

QUELLES SERVITUDES SONT PRESCRIPTIBLES

Le problème en législation est, nous l'avons vu (1), des plus complexes. Les servitudes prédiales doivent-elles s'acquérir par prescription? Faut-il les déclarer toutes également prescriptibles et, si au contraire on distingue entre elles, sur quel critérium fonder une distinction rationnelle?

Nous avons indiqué par avance la réponse de notre Code civil à ces diverses questions. Loin de chercher à innover en la matière, notre législateur s'est efforcé de dégager des précédents historiques une règle directrice sans en discuter suffisamment la valeur pratique.

Toutes les servitudes d'après le système admis par lui ne sont point susceptibles d'être acquises par la prescription, celles-là seules le sont, qui réunissent deux qualités distinctes, mais simultanément exigées, la continuité d'une part, l'apparence d'autre part. Cela résulte très clairement des art. 690 et 691 de notre Code civil.

Ainsi sont imprescriptibles les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes : celles qui sont discontinues qu'elles présentent ou non le caractère d'apparence, celles qui sont continues sans être apparentes.

A tous les droits de ce genre, on applique la sévère

(1) Introduction.

maxime des pays coutumiers. « Nulle servitude sans titre, » et cela, comme nous le verrons, avec peut-être plus de rigueur encore.

Nous nous proposons dans ce chapitre de faire l'étude critique du principe admis par les auteurs de notre Code, d'en préciser le sens exact et la portée. C'est ce que nous ferons en envisageant dans une section première l'apparence, dans une section deuxième la continuité, étudiant enfin dans une troisième section la discontinuité et la non-apparence.

SECTION PREMIÈRE

De l'apparence.

§ 1er. — *Que faut-il entendre par là d'une manière précise ?*

Nous avons une définition légale de l'apparence qui semble à première vue des plus explicites. « Les servitudes sont apparentes ou non apparentes ; dit l'art. 689. Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. » Dans ce texte, non content de définir l'apparence, le législateur définit encore la non-apparence. Seulement, tandis que, dans la première partie du texte, il parle d'ouvrages extérieurs, dans la seconde partie il emploie l'expression de « signes extérieurs ». Il est dès lors facile de voir que les deux définitions ne coïncident pas.

En effet, s'il y a des servitudes dont l'apparence est

certaine parce qu'elles se manifestent par des travaux extérieurs, s'il y en a d'autres dont la non-apparence ne peut pas non plus faire de doute pour ce motif, qu'elles n'ont aucun signe extérieur de leur existence, restent celles qui, sans être caractérisées et rendues visibles par des travaux, le sont cependant par des signes extérieurs.

Ces servitudes seront-elles apparentes ou ne le seront-elles pas ?

Les charrettes en passant ont creusé dans le sol des ornières dont la trace a demeuré : voilà un signe extérieur; sera-t-il suffisant pour rendre apparente la servitude de passage ?

Il s'agit ici, comme toujours d'ailleurs, d'envisager la question au point de vue pratique et de chercher à pénétrer la pensée du législateur.

La plupart des interprètes (1) pensent que le signe extérieur doit suffire et que telle a été sur ce point la pensée des rédacteurs de notre Code. Cela favorise, disent-ils, l'interprétation la plus large de la loi. Le législateur emploie du reste encore dans l'art. 694 cette expression de signe extérieur; c'est à elle qu'il faut s'attacher. Ce qu'on a voulu, ajoute-t-on enfin, c'est éviter les surprises au propriétaire du fonds servant. Or, ce dernier peut être suffisamment averti par l'existence des signes extérieurs, il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait des travaux faits de main d'homme.

Pour nous, malgré ces arguments nous préférons l'opinion de Laurent (2), croyant, avec cet auteur, qu'il vaut mieux s'arrêter à une interprétation restrictive. L'art. 689

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 714, page 214; — Aubry et Rau, III, § 248, p. 68, note 10; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 1090, p. 791; — Cassat., 8 octobre 1854, p. 54. 1. 765.

(2) Laurent, tome VIII, n° 135, p. 167.

définit à la fois les servitudes apparentes et les servitudes non-apparentes. Si ces deux définitions ne coïncident pas, il semble bien que, pour trancher la difficulté, on doive se reporter à la partie du texte où le législateur a, sans aucun doute, entendu définir la servitude apparente.

La seconde partie est purement explicative et n'est ajoutée qu'à titre d'indication pour compléter la pensée du législateur, non pour lui donner un autre sens.

De plus le texte cite des exemples ; il n'y en a pas un seul qui ne soit un ouvrage établi de main d'homme. Personne ne voudrait en effet soutenir que les portes, les fenêtres ou les aqueducs ne sont pas des travaux extérieurs.

Même s'il y avait doute il faudrait encore s'en tenir à cette interprétation restrictive, car il est certain que le législateur a voulu avant tout éviter les surprises et qu'il a exigé de la part de celui qui va prescrire des intentions manifestes et non douteuses. Pourquoi, dès lors, laisser libre jeu à la prescription dans une hypothèse où notre loi ne voulait peut-être pas la permettre (1) ?

Quant à l'art. 694 de notre Code civil il doit être écarté du débat pour ce motif qu'il pose une règle d'interprétation de volonté et n'a de ce chef rien à voir avec la théorie de la prescription.

Nous avons désormais dégagé la notion légale de l'apparence : est apparente la servitude dont l'existence se manifeste à nous par des ouvrages extérieurs. Un point reste

(1) Cette opinion acquiert une grande force si l'on songe aux dispositions d'esprit dans lesquelles se trouvait le législateur de 1804. N'est-il pas certain qu'il voit la prescription des servitudes d'un œil peu favorable ? Ce qu'on veut c'est réagir contre l'état de choses de notre ancien droit ; faire disparaître dans la mesure du possible les démembrements de la propriété pour revenir à la conception romaine et assurer la liberté des héritages. N'en trouvons-nous pas une preuve frappante dans la réglementation sévère dont on a entouré l'acquisition des servitudes au moyen de la prescription ?

à préciser : pourquoi le législateur exige-t-il cette qualité (1)?

C'est évidemment pour que la possession soit publique. Le propriétaire contre lequel on veut prescrire doit de toute nécessité être averti. Il faut qu'il soit à même de réagir, qu'il connaisse les empiétements qu'on voudra plus tard lui opposer pour qu'il puisse, s'il le veut, protéger sa propriété menacée.

Il est donc juste que les auteurs de notre Code se soient montrés exigeants sur ce point. Il fallait éviter les spoliations résultant de surprises et ne pas permettre au voisin peu scrupuleux d'arriver à prescrire clandestinement un droit de servitude.

Dans le cas au contraire où il y a apparence et quand le propriétaire du fonds servant à souffert pendant trente ans sans protester l'exercice de la servitude, ne doit-on pas penser qu'il s'est cru forcé de subir cet état de choses?

Et si plus tard il vient à réclamer ce sera presque toujours parce qu'il sait le maître du fonds dominant dans l'impossibilité de prouver son droit.

De ces considérations, nous devons déduire une règle d'interprétation : il faudra se montrer sévère quand se posera en fait la question de savoir si les travaux extérieurs sonts suffisants pour rendre la servitude apparente.

(1) Il est intéressant de remarquer en passant que l'apparence a toujours été implicitement exigée dans toute les législations. A Rome il fallait posséder nec clam et nombre de dispositions de notre ancien droit voulaient que, pour être prescriptibles, les servitudes fussent visibles ou patentes.

Quelques Coutumes allaient même jusqu'à exiger que la jouissance fût connue du voisin. Nous reviendrons du reste sur ce point lorsqu'il s'agira de justifier à ce sujet les exigences du législateur.

§ 2. — *Quelles servitudes sont apparentes ?*

Il n'existe pas de servitudes qui de leur nature soient nécessairement apparentes. Certaines, celles *quæ in patiendo consistunt* comme celles de vue ou d'aqueduc, seront le plus souvent manifestées par des travaux extérieurs et par suite seront apparentes. Pourtant, il n'est pas impossible qu'elles soient occultes. On dit communément en effet que si la continuité est de la nature de la servitude, l'apparence, au contraire, n'en est qu'un caractère variable et accidentel (1).

Prenons comme exemple la servitude d'aqueduc :

Si la conduite d'eau se trouve à la surface du sol, si les tuyaux sont visibles, l'apparence existe. Si, à l'inverse, les tuyaux sont souterrains et cachés, la servitude est occulte ; cela ne fait aucun doute.

Il importe donc de déterminer : 1° en quoi consistent les ouvrages susceptibles de rendre les servitudes apparentes aux termes de l'art. 689 du C. c. ; 2° sur quels fonds doivent être établis ces ouvrages.

Mais avant d'aborder l'étude de ces deux questions, une remarque préliminaire s'impose. Il y a des servitudes pour lesquelles le débat ne présente pas d'intérêt parce qu'elles sont occultes de leur nature et ne peuvent être rendues apparentes.

Ce sont les servitudes négatives, celles *quæ in prohibendo consistunt*, la servitude *non ædificandi*, par exemple. Le maître du fonds servant n'a dans ce cas qu'à s'abstenir d'élever des constructions ; rien ne révèle en fait la

(1) Un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1894, D. 95. 1. 365, paraît cependant admettre que la continuité n'est pas un caractère essentiel de la servitude de vue. Nous aurons à nous expliquer sur ce point lorsque nous parlerons de la continuité.

possession de la servitude par son titulaire le propriétaire de l'héritage dominant. Quel est le moyen de distinguer un fonds libre d'un autre fonds grevé d'une semblable charge ?

On conçoit à merveille qu'une pareille servitude soit insusceptible de s'acquérir par la prescription.

Les actes d'abstention du propriétaire de l'héritage servant ou prétendu tel n'ont par eux-mêmes aucune signification juridique.

Recherchons maintenant en quoi doivent consister les ouvrages extérieurs dont parle l'art. 689.

Le principe à poser c'est qu'ils doivent manifester d'une façon non équivoque au regard du propriétaire de l'héritage servant l'existence de la servitude.

Des travaux insignifiants pourront cependant suffire dans bien des cas pour que la possession de la servitude ne soit pas entachée du vice de clandestinité.

Ainsi la Cour de cassation a jugé qu'une servitude de prise d'eau pourrait être rendue apparente par une simple rigole et une tranchée établies sur le fonds supérieur (1). Dans un arrêt récent, au contraire, la Cour suprême s'arrêtant dans cette voie n'a point voulu admettre que le fait de curer et d'entretenir une rigole fût suffisant pour rendre apparente la même servitude (2).

(1) Cassation, 10 février 1855, S. 87. 1. 263.

Il en est ainsi à plus forte raison lorsque, non content de creuser des rigoles, on a établi un réservoir sur le fonds supérieur, ou bien encore une pêcherie ; Pau, 28 janvier 1889. D. 89. 1. 291 ; Cassat., 24 janvier 1888. S. 90. 1. 452.

(2) Cassat., 3 juillet 1893. D. 93. 1. 595. Remarquons que dans l'espèce le cas est bien différent de celui qui fut soumis à la Cour suprême en février 1855, car le fait de curer et d'entretenir une rigole qu'on n'a peut-être pas creusée soi même est bien peu de chose ; c'est un empiètement qui ne saurait servir de base à la prescription. Le fait de creuser une tranchée sur le fonds d'autrui au contraire accuse les intentions du voisin d'une façon certaine.

En tout cas, la servitude de prise d'eau serait certainement rendue apparente par l'établissement sur le fonds servant de conduits destinés à amener l'eau, quelle que soit d'ailleurs la nature de ces tuyaux, à la seule condition qu'ils ne soient pas souterrains. Mais il faut prévoir l'hypothèse où les tuyaux, sans être à ciel ouvert sur tout le parcours, sont cependant apparents à certains points : celui par exemple où ils viennent prendre les eaux de la source pour les mener sur le fonds inférieur. Dans cette hypothèse et dans toute autre de ce genre, il est juste d'admettre que l'apparence est suffisante. C'est d'ailleurs l'opinion consacrée par la Jurisprudence (1).

De même, des travaux de très minime importance peuvent servir à rendre apparente une servitude d'égoût des toits. Sans doute, il faut ici comme toujours un ouvrage extérieur visible, il faut que le voisin ait dû en avoir connaissance (2), mais cette exigence sera remplie s'il existe une saillie apparente du toit inclinée vers le fonds qui doit recevoir les eaux pluviales (3).

Nous venons de voir par ces exemples que des travaux en maçonnerie ne sont pas nécessaires pour rendre les servitudes apparentes. La question présente un réel intérêt pour la servitude de vue. C'est à son sujet qu'elle a été débattue.

Sous le nom de servitude de vue, on comprend des droits bien distincts, la servitude de jour, celle de prospect, enfin la servitude de vue proprement dite. De la servitude de jour nous n'avons pas à nous occuper, l'art. 676 en permettant l'existence à l'extrême limite des héritages. Celle

(1) Prades, 18 mars 1890. D. 92. 3. 31.
(2) Riom, 8 mars 1888. D. 88. 2. 215.
(3) Pau, 21 mars 1888. D. 89. 2. 103.

de prospect, de beaucoup la plus grave, entraîne avec elle la prohibition de bâtir et de planter, elle est donc dans une certaine mesure négative et ne peut pas être rendue apparente. Pour ces motifs, la Jurisprudence admet qu'elle ne peut résulter que d'un titre (1).

Reste la servitude de vue proprement dite, qui le plus ordinairement est établie au profit d'un bâtiment et manifestée par des fenêtres ou des balcons (2).

Cependant des portes munies de verres à leur partie supérieure suffiraient également pour donner à la servitude dont il s'agit le caractère d'apparence.

C'est seulement une question controversée que de savoir si une porte pleine ouverte de temps à autre pour donner de l'air aurait les mêmes effets.

La Cour de cassation s'est rangée à cette manière de voir dans un arrêt relativement récent (3). Pour nous, cette doctrine est très critiquable. Nous croyons qu'il eût été beaucoup plus logique et beaucoup plus conforme aux principes de déclarer une porte pleine insuffisante pour rendre apparente une servitude de vue (4).

Une terrasse, une plateforme attenantes à une maison d'habitation rendraient également un droit de vue apparent. Mais on se demande, et c'est la difficulté que nous faisions pressentir tout à l'heure, s'il en serait de même d'un exhaussement de terrain indépendant de tout édifice.

(1) Douai, 9 décembre 1889. D. 91. 2. 69.

(2) Cassat., 19 octobre 1886. D. 87. 1. 116; — Orléans, 6 janvier 1892. D. 93. 2. 132. Dans l'espèce soumise à la Cour d'Orléans, il s'agissait d'une fenêtre non grillée s'ouvrant à 1 m. 54 du sol et permettant de voir sur un jardin. On la jugea suffisante pour rendre le droit de vue apparent et mener à la prescription.

(3) Cassat., 18 décembre 1894. D. 95. 1. 367.

(4) Remarquons que la Cour suprême n'a pas admis dans l'espèce que le droit de vue fût prescriptible. Elle a considéré en effet une telle servitude comme discontinue. Nous critiquerons en son lieu cette jurisprudence.

La doctrine paraît hésitante sur cette question et Demolombe, dans son *Traité des services fonciers*, semble exiger pour qu'il y ait une servitude de vue apparente et par suite prescriptible qu'elle soit l'accessoire d'une construction (1).

C'est ainsi que, selon cet auteur, une petite éminence faite au milieu d'un champ avec de la terre rapportée même à perpétuelle demeure ne constituerait point une servitude de vue apparente si elle était indépendante de toute construction et si de ce monticule on ne pouvait pas voir sans être vu.

Pour nous, nous admettrons bien avec cet auteur que si les deux fonds sont naturellement de hauteur inégale et qu'il n'y ait eu aucuns travaux de nature à aggraver la situation du fonds le moins élevé, il ne puisse dans ce cas être question de servitude de vue (2). Seulement chaque fois qu'il résultera d'un travail fait de main d'homme que le voisin peut désormais voir là où il ne voyait pas avant ou d'une façon plus commode ou plus complète et chaque fois aussi que ces travaux seront permanents nous admettrons avec la jurisprudence qu'ils suffisent à rendre une servitude de vue apparente, qu'il y ait ou non des constructions (3). Dans son arrêt du 26 octobre 1898, la Cour de cassation nous paraît avoir suffisamment mis ces principes en lumière.

L'espèce qui lui était soumise était particulièrement em-

(1) Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome II, nos 572 et s., pages 52 et s.

(2) C'est sans doute en vertu de ce principe que la condition du voisin n'est pas aggravée que la Cour de cassation a jugé insuffisantes pour faire naître et rendre apparente une servitude de vue les dalles établies sur la partie supérieure d'un mur mitoyen destiné à prévenir les éboulement. Cassat., 1er août 1894. D. 95. 1. 34.

(3) Rennes, 2 avril 1895. S. 96. 2. 111 ; — Cassat., 28 décembre 1863. S. 64. 1. 123 ; — Cassat., 26 octobre 98. S. 1898. 1. 485.

brouillée et délicate. Voici les faits en quelques mots. Deux fonds appartenant à des propriétaires différents sont contigus de même hauteur et non clos. L'un de ces héritages borde la voie publique. En 1881, sur la ligne séparative l'un des propriétaires construit un mur de clôture. Deux ans plus tard, le maître du fonds bordant la voie publique, voulant transformer son jardin en chantier exhausse son terrain d'une hauteur uniforme de 2 mètres pour qu'il soit au niveau de la route et de cette façon faciliter l'accès des voitures. De plus, pour éviter les éboulements, mais sur son propre terrain le long du mur de clôture il bâtit un mur de soutènement. En 1895, le mur de clôture s'écroule et le propriétaire du terrain qui n'a pas été exhaussé demande que son voisin soit condamné à refaire le mur et à le surélever de façon qu'il ne puisse plus voir chez lui. La Cour de cassation admit cette prétention en se basant sur ce que les art. 678 et 679 du C. civ. ne sont point limitatifs, mais s'appliquent « aux exhaussements de terrain d'où l'on peut exercer une servitude de vue ». La Cour admet même qu'il n'est pas indispensable que les ouvrages extérieurs aient été faits dans ce but, il suffit qu'en fait ils permettent de voir sur le fonds d'autrui.

En somme, le principe c'est que tout travail quel qu'il soit, établi de main d'homme, peut rendre apparente une servitude de vue et la purge suffisamment du vice de clandestinité qui la rendait imprescriptible.

Ajoutons quelques remarques générales pour terminer cette discussion. Il est nécessaire que les travaux destinés à rendre la servitude apparente soient fixes et qu'ils soient établis à perpétuelle demeure (1), de même qu'ils doivent

(1) Cass., 5 juillet 1893. D. 93. 1. 595.

exister sans interruption pendant le minimum de temps fixé pour la durée de la possession (1).

Malgré le dissentiment de Laurent sur ce point, il ne convient cependant pas d'exiger que ces travaux aient été établis par le propriétaire du fonds prétendu dominant (2). Aucun texte ne justifie cette sévérité. Quant à dire que le maître du fonds a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de ce fonds, cela, bien qu'exact en principe, ne suffirait cependant pas pour asseoir sur une base solide le système admis par Laurent.

Nous en tiendrons compte toutefois en faisant seulement courir le délai de la prescription à partir du jour ou le propriétaire du fonds aura eu connaissance des travaux.

Nombre d'auteurs n'admettent même pas ce tempérament et ne retardent pas ainsi le point de départ du délai (3). Avec l'opinion soutenue par Laurent, on arriverait à des conséquences tout à fait inacceptables. Supposons en effet qu'un tiers de bonne ou de mauvaise foi, peu importe, ait établi un *aqueduc* prenant l'eau à la source voisine pour la conduire sur un autre fonds dont il n'est point en réalité propriétaire. Si nous suivons à la lettre le système proposé par Laurent lorsque le véritable maître recouvrera son fonds non seulement la possession antérieure lui sera inutile, ce qui peut être juste, mais encore avec ces mêmes travaux il ne pourra pas commencer de possession utile de quelque façon qu'il agisse. Même en adressant au propriétaire du fonds supérieur des notifications, cela ne ferait pas qu'il pût ensuite utiliser sa possession (4).

(1) Cass., 13 juillet 1885. D. 86. 1. 316.

(2) Laurent, tome VIII, n° 204, p. 247 *in fine*.

(3) Duranton, tome V, n° 591, p. 601 ; — Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome II, n°s 778. 779, p. 259 ; — Aubry et Rau, tome III, § 251, p. 80.

(4) Ce système, on le voit, mène à des conséquences inacceptables et si

Il faut donc écarter cette dérogation et s'en tenir aux principes.

Il nous reste maintenant à préciser le second point sur lequel devraient porter nos explications.

Sur quels fonds doivent être établis les travaux destinés à rendre la servitude apparente?

Cette question fut autrefois vivement controversée. Il faut bien dire cependant qu'elle n'a guère d'importance que pour la servitude de prise d'eau. Il est évident en effet que dans certains cas il ne pourrait s'agir d'exiger des travaux sur le fonds servant. Si nous songeons à la servitude de vue, par exemple, la question ne se pose pas ou plutôt se résout d'elle-même. Il est trop évident que la fenêtre, le balcon ou la terrasse seront faits sur l'héritage dominant. Il en serait de même d'une porte dans un mur; de même encore pour la servitude d'égout des toits une saillie de l'édifice dominant qui surplombe sera suffisante, aucun travail n'est exigé à la surface du sol. Le principe est donc que les travaux peuvent indifféremment et suivant les cas être établis soit sur le fonds servant, soit sur le fonds dominant.

Mais, ainsi que nous l'avons dit, une controverse très importante s'était produite à l'occasion de la servitude de prise d'eau. Une loi d'avril 1898 est venue y mettre fin. Nous reproduirons cependant le plus brièvement possible les diverses systèmes qui furent jadis admis sur ce point parce que les arguments pour et contre y sont également bien présentés par les uns et par les autres, et que cela nous per-

d'une part il est sans doute contraire à la pensée du législateur de faire courir la prescription sans que celui qui va s'en prévaloir ait connaissance des travaux effectués, du moins faut-il conclure, suivant nous, que la possession sera utile dès que l'existence des ouvrages requis sera connue du propriétaire du fonds dominant.

mettra de voir si le législateur a tranché la controverse dans le sens le plus raisonnable et le plus conforme aux principes.

Dans la première opinion, on affirmait que, pour acquérir le droit de prise d'eau à une source, il n'était point nécessaire de faire des travaux sur le fonds supérieur.

On invoquait deux arguments, l'un tiré des travaux préparatoires, l'autre résultant de considérations générales et des principes d'équité.

L'art. 642, dit-on, n'a jamais commandé l'établissement d'ouvrages sur l'héritage où naît la source. Bien au contraire, le texte primitif se servait de l'expression « ouvrages extérieurs » et sur la demande de la section de législation du Tribunat on y substitua cette autre expression de « travaux apparents ». Le but de ce changement fut tout simplement de ne pas laisser croire qu'il fallait nécessairement établir les travaux sur le fonds où jaillit la source. L'intention du législateur ne saurait être moins douteuse.

De plus, ajoute-t-on n'est-elle pas conforme aux principes? On dit bien que avec un pareil système on permet la prescription sans qu'il y ait usurpation parce que des travaux établis sur son propre fonds ne peuvent pas constituer à eux seuls des empiétements de nature à incommoder réellement le propriétaire voisin.

Dans une note des Pandectes, sous un arrêt de Cassation, M. Chauveau s'efforce pourtant de démontrer le contraire (1).

Cet auteur admet d'abord que si les travaux exécutés sur le fonds inférieur ont seulement pour but d'utiliser, d'aménager l'eau qui vient de la source, il n'y a point là

(1) Cassat., 15 juillet 1894. P. F. 94. 1. 50.

l'usurpation requise pour servir de base à la prescription.

Mais il en doit être autrement selon lui si, loin de se borner à utiliser l'eau, les travaux en facilitent tellement la chute que le droit du propriétaire de l'héritage supérieur devient par suite illusoire. Dans ce cas, si le maître du fonds inférieur par des travaux faits sur ce même fonds va pour ainsi dire chercher l'eau à la source voisine n'est-ce pas une usurpation?

Et il n'est pas impossible, dit-on, de supposer des ouvrages établis seulement sur la propriété inférieure qui empêcheraient l'eau de séjourner sur celle où jaillit la source?

Alors si, pour garder ces eaux chez lui, le maître du fonds supérieur se voit, par suite des travaux exécutés sur la propriété voisine, dans l'obligation d'en faire lui-même sur son propre héritage de coûteux et de difficiles, ne faut-il pas croire qu'il y a là une véritable usurpation devant servir de base à la prescription et la rendant possible?

On disait encore que le législateur n'avait pas pu exiger l'existence des travaux sur le fonds supérieur, car il faudrait être insensé pour aller bâtir sciemment ainsi sur la propriété du voisin. Ce serait rendre illusoire le droit de prescrire et il faudrait ainsi interpréter l'art. 642 : « les eaux de source ne peuvent point s'acquérir par la possession trentenaire. »

On n'était pas non plus embarrassé par cette considération qu'il serait souvent très difficile, pour ne pas dire impossible, au maître du fonds supérieur d'empêcher la prescription, laquelle pourrait même s'accomplir malgré lui.

Il y avait à cela, disait-on, plusieurs remèdes et on prétendait qu'il était facile d'interrompre le cours de la prescription et de l'empêcher ainsi de s'accomplir, soit par une action en justice, soit en détournant le cours de l'eau, soit

enfin en exigeant, dans un acte écrit, la reconnaissance du propriétaire inférieur attestant la précarité de sa jouissance (1). Une deuxième opinion prétendait cette doctrine en flagrante contradiction avec les principes régissant à la fois la propriété, les servitudes et la prescription. Aussi ses partisans rejetaient-ils une pareille dérogation qui, selon eux, pour être admise devrait être nettement consacrée par les textes.

Il faut donc s'en rapporter aux principes et les appliquer. Quand il n'existe point de prohibitions légales comme c'est ici le cas, chacun est libre de faire sur son fonds ce que bon lui semble. En établissant des travaux sur sa propriété le maître de l'héritage inférieur n'usurpe rien, il ne fait qu'user de son droit. Il est possible que ces ouvrages incommodent le voisin; toutefois ce dernier serait mal venu de s'en plaindre, c'est à lui d'y remédier comme il le pourra.

S'il voulait attaquer l'auteur de ces travaux, ce dernier lui répondrait à coup sûr par l'adage bien connu : *qui jure suo utitur nœminem lœdit.* Interrompre le cours de la prescription n'est pas non plus chose aussi facile qu'on le prétend et il sera souvent possible au voisin de se dérober. De plus il est bien inexact de dire que l'article 642 ainsi interprété rend illusoire le droit de prescrire. Demante (2), qui est partisan de la première opinion, reconnaît lui-même que le système qu'il admet est peu pratique. Il en donne deux raisons : la première, c'est que, avec cette doctrine, il y aura rarement une possession suffisamment publique pour

(1) Cette opinion fut notamment défendue par Toullier, t. III, n° 635, p. 294 ; — Aubry et Rau, tome III, § 244, p. 37 et note 17 ; — Delvincourt, tome I, p. 382 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 834, p. 542.

(2) Demante, tome II, n° 493 *bis* I, p. 575.

mener à la prescription, la seconde, c'est que de semblables travaux ne seront pas souvent de nature à faciter la chute de l'eau, comme cela est nécessaire aux termes de l'art. 642. Ces aveux sont précieux dans la bouche d'un adversaire et comme on le voit l'argument peut être facilement rétorqué.

La seconde opinion, brillamment soutenue par Demolombe et quelques autres interprètes, fut aussi celle qui prévalut en jurisprudence (1), et c'est également dans ce sens que le législateur de 1898 trancha la question : la première tentative qui fut faite pour modifier l'art. 642 fut pourtant inspirée par des tendances contraires. Ainsi que cela résulte du compte-rendu de la discussion reproduite dans le bulletin des Lois Nouvelles (2), le rapporteur, tout en constatant que la Cour de cassation a sainement interprété la loi, pense cependant qu'il serait bon de modifier le sens de l'art. 642, en déclarant suffisants les travaux établis sur le fonds inférieur. L'auteur de ce rapport se basait principalement sur l'intérêt industriel et sur la protection qu'il était bon d'assurer aux usiniers.

Malgré cela, le projet n'aboutit point. On se rendit bien compte que, tout autant que l'agriculture, l'industrie avait droit à protection, mais on recula devant une pareille dérogation aux règles de la prescription acquisitive. Néanmoins, pour mettre fin à la controverse et consacrer législativement la doctrine de la Cour de cassation, on

(1) Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome I, n° 72, p. 99 ; — Duranton, tome V, n° 181, pp. 171 et suiv. ; — Cassat., 4 mars 1885. D. 86. 1. 34 ; 15 juillet 1893. P. F. 94. 1. 50.

On pourrait citer également des arrêts de diverses Cours d'appel, il est juste toutefois de reconnaître que cette jurisprudence n'était pas unanime comme en témoigne un arrêt de la Cour de Rouen, 16 juillet 1857. D. 57. 2. 181.

(2) Lois nouvelles, — 15 octobre, 19 septembre 1898, pages 487 et s.

modifia la rédaction de l'art. 642. Le texte actuel exige « des travaux apparents sur le fonds où jaillit la source ».

§ 3. — *Valeur de ce critérium.*

Connaissant désormais le sens précis et la portée pratique de l'art. 689, nous sommes à même de nous prononcer sur la valeur du critérium admis par notre loi. Dans une bonne législation les servitudes non apparentes doivent-elles être déclarées imprescriptibles ? Il ne faut pas hésiter à répondre oui.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer d'ailleurs, ce caractère d'apparence a toujours été implicitement exigé dans toutes les législations. En droit Romain, aucun texte ne le commande expressément, il est vrai. Cependant il fallait posséder *nec clam*. Or quel est le moyen de posséder publiquement une servitude négative, comme celle de ne pas bâtir par exemple?

Cela peut encore se concevoir pour une servitude de passage ou de pacage qui, si elles ne laissent pas de trace, sont cependant apparentes au moins au moment précis où on les exerce, mais on ne peut le comprendre, lorsqu'il s'agit d'un droit purement négatif.

Il paraît donc certain qu'au moins dans une certaine mesure l'apparence était nécessaire à Rome.

Notre ancien droit, plus explicite sur ce point, exige presque toujours ce caractère. Rarement il lui assigne comme équivalent la possession précédée de notifications au propriétaire voisin.

Quelques coutumes mêmes vont plus loin que notre loi actuelle, exigeant des « faits patents et cogneuz au voisin »

comme le commandent l'art. 6 de la Coutume d'Épinal (1) et l'art. 4 de la Coutume de Lorraine (2).

Sans doute il n'était pas utile d'aller jusque-là et c'est ce qu'ont compris les rédacteurs de notre Code. Il suffisait d'exiger des travaux annonçant d'une façon non douteuse les intentions de celui qui veut prescrire. Après cela, qu'importe que le propriétaire négligent vienne se prévaloir de son ignorance à cet égard !

Il suffit qu'il ait pu ou dû savoir. Cependant, cela est nécessaire sous peine de porter atteinte au droit de propriété lui-même. N'est-il pas de toute nécessité que, pour prévenir un danger, on en connaisse l'existence ? En disposer autrement serait violer les règles les plus élémentaires de la logique.

Le législateur a donc bien fait d'exiger l'apparence ainsi précisée. Mais ne devait-il pas s'en contenter ? Ne fallait-il pas admettre que si toute servitude non apparente doit être imprescriptible, à l'inverse toute servitude apparente doit être prescriptible (3) ?

Nous le croyons. Nous pensons que c'est bien à tort et par suite d'une véritable confusion historique que notre législateur exige en outre de l'apparence la continuité. C'est d'ailleurs ce que nous voulons essayer de démontrer dans notre 2e section, consacrée à l'explication de ce dernier caractère.

(1) Epinal, titre 10, art. 6. Bourdot de Richebourg, tome II, p. 1136.
(2) Lorraine, titre 14, art. 4. Bourdot de Richebourg, p. 1113.
(3) Nous ne voulons pas dire par là que l'apparence soit la seule condition exigée et que de ce seul chef la servitude doive être nécessairement prescriptible. Bien entendu elle devrait en outre satisfaire aux conditions de possession. Autrement dit les servitudes apparentes seraient prescriptibles de la même manière que le sont sous l'empire de notre loi celles qui sont à la fois continues et apparentes.

SECTION II

De la continuité

« Les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres, » nous dit l'art. 691 du C. civil.

Il nous faut par suite définir la continuité et, comme nous l'avons fait de l'apparence, chercher quelles servitudes sont continues. Ces deux points approfondis nous pourrons procéder à la critique de notre législation.

§ 1er. — *Qu'est-ce que la continuité ?*

« Les servitudes continues, dit l'art. 688 du C. civil, sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme... Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées. » Ce texte est symétriquement conçu comme l'art. 689, qui lui fait pendant et que nous avons étudié dans notre section première. Ici toutefois les deux définitions coïncident parfaitement. Aucune contradiction ne peut être relevée dans les termes de l'art. 688, lesquels ne prêtent d'ailleurs pas à équivoque.

Le critérium en effet est très précis et très nettement formulé, si nettement que son application pratique paraît devoir être des plus simples.

Lorsque, en présence d'une servitude quelle qu'elle soit, nous voudrons savoir si elle est continue ou discontinue il nous suffira de nous demander si son exercice peut avoir lieu sans le fait actuel de l'homme ou le suppose au contraire. « La servitude continue, dit Demolombe, s'exerce pour ainsi dire d'elle-même, et toute seule, sans aucun fait de

l'homme et pendant son sommeil (1). » Il faut bien remarquer que l'art. 688 parle du fait actuel de l'homme et non du fait de l'homme en général. Une servitude n'est pas discontinue parce que son exercice implique nécessairement l'intervention intermittente de l'homme. Toute servitude d'abord suppose le fait de l'homme ne fût-ce qu'au moment de sa constitution. Quelques exemples le feront facilement comprendre.

La servitude d'aqueduc est continue; l'art. 688 nous le dit en termes formels. Il est d'ailleurs facile de voir que le fait de l'homme n'est pas nécessaire pour utiliser l'aqueduc, il sert du moment qu'il amène les eaux au fonds dominant. Cependant l'aqueduc est évidemment établi de main d'homme.

Il est possible même qu'on ne l'utilise que par moments, pendant certaines heures de la journée ou bien encore le jour et non la nuit. Dans ce cas, il faudra sans doute l'intervention momentanée de l'homme pour lever ou abaisser une vanne. La servitude ne change cependant pas de nature pour cela. C'est que en effet si on envisage la période de temps pendant laquelle elle s'exerce on se convainc facilement que le fait de l'homme à ce moment n'est plus d'aucune utilité.

D'où nous vient cette distinction des servitudes en continues et discontinues?

Sans aucun doute de notre ancien droit, où elle était observée par la jurisprudence des Parlements de droit écrit, comme aussi par certaines coutumes.

Mais l'origine première en est dans le droit Romain.

On a dit qu'elle se confondait avec la très ancienne division des servitudes prédiales en urbaines et rurales. Ce

(1) Demolombe, *Traite des Servitudes*, tome II, nº 707, page 207.

système aujourd'hui délaissé eut longtemps créance près des Romanistes. Il n'est pas impossible qu'il ait eu certaine influence sur l'esprit des rédacteurs de notre Code civil (1).

Nous croyons bien plutôt pourtant que l'origine de cette division se trouve dans le texte célèbre de Paul, que nous avons déjà signalé (2). Dans cette loi 14 le jurisconsulte Paul décide que la servitude de passage ne peut se prescrire parce que, étant discontinue, elle n'est pas susceptible de possession continue. « Nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. » Nous aurons à démontrer ailleurs que cette opinion repose sur une confusion entre la nature du droit et celle de la possession deux choses qu'il importe de ne point confondre.

La possession d'un droit est continue par cela seul qu'on accomplit tous les actes que comporte la jouissance normale de ce même droit. Aussi est-il certain qu'une servitude discontinue est susceptible de possession continue, nous aurons du reste l'occasion d'en reparler.

Quoi qu'il en soit, cette confusion traditionnelle faite par nos anciens auteurs après les jurisconsultes romains dut avoir sur l'esprit des rédacteurs du Code civil une influence considérable.

Les premiers interprètes du Code civil admirent d'ailleurs comme un principe incontestable qu'il ne pouvait y avoir continuité dans la possession d'une servitude dis-

(1) Ce qui peut donner quelque valeur à cette opinion, c'est que, lors de la rédaction du C. civ., on croyait communément que dans le très ancien droit romain du moins les servitudes urbaines étaient seules susceptibles d'usucapion. Dès lors, comme les servitudes urbaines étaient presque toujours continues, on remarque une analogie frappante entre le système qu'on croyait admis à Rome et celui qu'établit notre législateur.

(2) Loi 14 pr. D. VIII. 1.

continue. « Il est essentiel, disait Pardessus, que la possession soit continue pour produire la prescription ; il est donc nécessaire qu'il s'agisse de servitudes ayant ce caractère (1). »

Cependant, on s'aperçut que cette explication était insuffisante et l'on prétendit en trouver une autre plus conforme aux vrais principes.

Ce ne fut plus dans l'art. 2229 qu'on chercha le complément de l'art. 691, ce fut dans l'art. 2232, disant que « les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ».

« Les rédacteurs du Code, dit Toullier, ont considéré les actes qui annoncent une servitude discontinue comme de simple tolérance (2).

Cette théorie, universellement admise aujourd'hui, fut celle de Belime, de Demolombe et de Machelard (3).

Le législateur, dit-on, n'a pas voulu permettre l'établissement des servitudes discontinues par la prescription parce que de leur exercice il ne résulte pas un empiétement suffisant pour éveiller l'attention du propriétaire.

De pareils faits seront toujours le résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage.

(1) Pardessus, *Traité des Servitudes*, tome II, p. 83.

Telle fut aussi l'opinion de Duranton, tome V, n° 578; — de Delvincourt, tome I, p. 172, note 1.

Cette doctrine fut longtemps enseignée à l'école de droit de Paris ; cependant, Machelard nous apprend que, dès l'année 1851, Ducaurroy et Demante s'étaient ralliés au nouveau système. (Machelard, *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, note 3, p. 77.)

(2) Toullier, tome III, n° 621, p. 286.

(3) Belime, *De la possession*, n° 256 ; — Demolombe, *Traite des servitudes*, tome II, n° 786, p. 278 ; — Machelard, *Examen critique des distinctions*, p. 77.

Telle est également l'opinion de MM. Baudry-Lancantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1108, p. 806. — Il est bon de remarquer cependant que ces deux derniers auteurs ne sont pas très affirmatifs. « Quant à la continuité, disent-ils, la loi *paraît l'avoir exigée*... par application de la règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription. »

« Il n'y a pas là, dit Demolombe, cette double condition, toujours nécessaire dans la possession à l'effet d'acquérir, d'une part la volonté dans celui qui l'exerce d'acquérir un droit, d'autre part, dans celui sur le fonds duquel elle est exercée, l'abandon de son propre droit et le consentement à l'établissement de la servitude (1).

On dit encore que cette présomption de tolérance est basée sur la vérité des faits et conforme à l'intérêt général.

A l'appui de cette opinion on peut du reste citer un passage du discours de Berlier. Cet orateur s'exprime ainsi dans l'exposé des motifs : « Des actes journaliers et patents, dit-il, exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin (2). »

Et plus loin, parlant au contraire des servitudes discontinues, il ajoute : « On ne peut légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes souvent fort équivoques et dont la preuve est dès lors inadmissible (3). »

En somme, on prétend pour justifier la loi qu'elle s'explique par une double présomption : présomption que les servitudes discontinues sont toujours possédées à titre précaire, présomption que les servitudes continues sont toujours possédées à titre non précaire.

Sur la première de ces présomptions nous aurons à nous expliquer plus tard. Disons cependant dès l'instant qu'elle nous paraît fort contestable. Elle n'est formulée nulle part dans la loi et ne résulte implicitement d'aucun texte.

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 286, p. 280.
(2) Fenet, *Trav. prép*, XI, n° 690, p. 312.
(3) Fenet, *Trav. prép.*, XI, n° 691, p. 312.

La seconde, au contraire, peut seule expliquer rationnellement les dispositions de la loi.

Mais avant d'en apprécier la valeur intrinsèque, nous devons en déterminer la portée pratique en recherchant quelles servitudes sont continues.

§ 2. — *Quelles servitudes sont continues.*

L'application du critérium formulé par l'art. 688 ne semble pas à première vue devoir soulever de difficultés sérieuses. La règle est en effet très simple, indépendante des circonstances de fait dans lesquelles peut s'exercer la servitude. En effet, tandis que l'apparence est un caractère variable et accidentel de la servitude, une même servitude pouvant suivant les cas être apparente ou non apparente, la continuité tient à la nature même du droit. Il s'en suit qu'une servitude donnée ne peut, par suite des circonstances de fait, être une fois continue et l'autre fois discontinue. Cette règle bien établie est de nature à diminuer singulièrement les difficultés. La jurisprudence semble parfois cependant avoir méconnu ce principe.

En effet, la servitude de vue est continue, l'art. 688 le dit expressément. Malgré cela la Cour de cassation (1) a décidé qu'un droit de vue manifesté par une porte pleine ouverte de temps à autre était apparent, mais discontinu. Sur le mérite de cette jurisprudence en ce qui concerne l'apparence, nous nous sommes déjà expliqués. Nous croyons qu'une porte pleine ne peut pas rendre une servitude de vue apparente. Seulement nous pensons de même que si on admet l'opinion contraire, fût-elle alors manifestée par une porte pleine, la servitude de vue doit

(1) Cassation, 18 décembre 1894. D. 95. 1. 365.

néanmoins demeurer continue. Tout d'abord, au point de vue étroit de la lettre de la loi, ont peut dire que l'art. 688 ne distingue pas et déclare dans tous les cas la servitude de vue continue. Ensuite, quelle différence faire entre la porte une fois ouverte et la fenêtre?

Ce qu'il importe d'expliquer c'est pourquoi le législateur classe la servitude de vue parmi celles auxquelles il reconnaît le caractère de continuité.

On conçoit sans peine que la servitude d'aqueduc et celle d'égout des toits soient continues. Elles profitent en effet au propriétaire du fonds dominant sans que celui-ci ait besoin d'intervenir. L'aqueduc irrigue les prairies par exemple, les eaux pluviales s'écoulent sur le fonds inférieur sans son intervention.

On ne s'explique plus aussi bien que le législateur ait fait figurer la servitude de vue dans cette catégorie. Le maître de l'héritage dominant n'en profite que s'il voit, que s'il porte les yeux sur la propriété du voisin. De ce chef son intervention personnelle et incessante, son fait actuel nous semblent nécessaires pour l'exercice de ce droit. Aussi quelques auteurs n'ont pas pu pousser le respect dû au législateur jusqu'à se mettre en contradiction avec leur propre raison et voici ce que dit à ce sujet Machelard. « Personne ne songera à nous contredire quand nous énonçons cette proposition que voir est un fait de l'homme tout aussi bien que passer ou puiser de l'eau. Aussi est-ce de bonne foi que nous déclarons n'avoir jamais pu comprendre comment la servitude de vue était continue en ce sens qu'elle était indépendante du fait de l'homme (1). »

Ou cette servitude en effet est une servitude d'air, de

(1) Machelard, *Examen critique des distinctions admises*, n° 115, p. 93.

lumière, et, quoique continue, elle ne saurait apporter la moindre gêne au voisin ; ou bien c'est une servitude qui consiste dans le fait de voir sur l'héritage d'autrui, et, quoique la plupart du temps fort gênante, elle est discontinue parce qu'elle nécessite pour son exercice le fait actuel de l'homme.

On a dit que ce n'était pas le fait de voir qui constituait la servitude, mais bien la menace perpétuelle et continue résultant de l'existence d'une fenêtre toujours prête à laisser passer les regards.

Admettons pour un instant cette explication, seulement comme il n'y a pas de raison de la limiter à la seule servitude de vue, nous serons logiquement conduits à l'appliquer à toutes les servitudes discontinues rendues apparentes.

Lorsque l'assiette d'un passage a été macadamisée, que pour la délimiter on a planté des poteaux ou des arbres, établi une barrière à l'entrée, n'y a-t-il pas là une menace perpétuelle ? Ces travaux fixes et permanents ne sont-ils pas toujours prêts à livrer passage ?

De même lorsque un abreuvoir en maçonnerie est établi sur un canal, sur un étang, ne nous trouvons-nous pas dans une situation analogue avec encore cette aggravation qu'on pourrait bien soutenir sans être paradoxal que la servitude d'abreuvage ne nécessite point pour son exercice le fait actuel de l'homme ?

Nous en dirons du reste un mot au cours de ce travail. On pourrait multiplier les exemples. Citons pour terminer la servitude d'évier révélée aux yeux du voisin par l'existence d'un tuyau en saillie qui, s'il ne rejette pas sans cesse les eaux ménagères, est cependant toujours prêt à les laisser couler sur le fonds inférieur.

Malgré cela, force nous est pourtant de nous incliner devant les termes formels de l'art. 688.

Il n'en ressort pas moins que la décision de ce texte à l'égard de la servitude de vue nous apparaît comme exceptionnelle (1). Nous ne devons donc pas l'étendre par analogie et nous considérons comme discontinue toute servitude qui suppose pour son exercice le fait actuel de l'homme, fût-elle manifestée par des travaux extérieurs qui sont une menace perpétuelle pour le fonds servant.

Dans cet ordre d'idées, on s'est demandé si la servitude de prise d'eau à l'aide d'une vanne était continue ou discontinue. Suppose-t-elle pour son exercice le fait actuel de l'homme? Non sans doute et il n'y a pas de dissentiment à ce sujet, la jurisprudence et les auteurs admettent qu'une pareille servitude est prescriptible et par conséquent continue (2). Il est facile de voir en effet que si le fait de l'homme est nécessaire au début une fois la vanne levée l'eau coule d'elle-même et, suivant le mot déjà cité de Demolombe, cette servitude peut s'exercer même pendant le sommeil de l'homme. Il en serait ainsi et suivant les mêmes principes si, au lieu de lever une vanne pour lais-

(1) Si l'on s'attache à la lettre même du texte, cette opinion présente quelque difficulté, car après avoir énuméré les servitudes continues parmi lesquelles se trouvent la servitude de vue, l'art. 688 ajoute « et autres de cette espèce ». Pourtant si l'on voulait prendre ces termes au pied de la lettre et tabler sur la servitude de vue on arriverait à les déclarer toutes continues, ce qui serait évidemment contraire à la pensée du législateur. Il ne faut donc pas s'attacher ici à une interprétation littérale.

(2) Pau, 11 juin 1834. D. 35, 2, 83.

Cassat. 18 avril 1853. S. 56. 1. 214; 5 décembre 1855. D. 56. 1.; 17 décembre 1861. S. 63. 1. 83.; 6 août 1872. S. 73. 1. 127; 25 octobre 1887. D. 88. 1. 106.; 22 novembre 1892. D. 94. 1. 45.

Parmi les auteurs citons Duranton, tome v, n° 492, p. 521; - Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 710, p. 209; — Aubry et Rau tome III, § 248, p. 67; — Marchelard, *Ex. crit. des distinctions admises*, n° 118, p. 95; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 1086, p. 787.

ser libre cours à l'eau, il s'agissait au contraire d'établir un barrage pour la faire refluer sur le fonds qu'on se propose d'arroser (1).

Il est bon de remarquer également que le nombre des faits de jouissance importerait peu pourvu toutefois que la possession soit continue. C'est en vertu de ce principe que la servitude d'écoulement des eaux pour faciliter la pêche d'un étang est considérée comme continue et prescriptible alors même qu'il serait nécessaire de lever la bonde de l'étang, pour permettre à l'eau de couler (2).

Notons cependant que dans cette hypothèse, et c'est surtout pour cela que nous citons cet exemple, l'exercice de la servitude sera très rare. On en usera tous les ans, tout les deux ans peut-être et même davantage.

Malgré cela on a considéré qu'il y avait bien continuité parce que là encore, si le fait de l'homme est nécessaire, au début, son fait actuel et incessant ne l'est pas. Il appartiendra au juge d'exiger une possession continue et suffisamment caractérisée, mais de ce que cette possessi on peut ne pas présenter ce caractère et devenir par la suite inutile, il n'en reste pas moins vrai que la servitude dont il s'agit doive être considérée comme continue.

Assimilant la servitude d'évier à celle de prise d'eau à l'aide d'une vanne, quelques auteurs ont soutenu qu'elle devait être rangée comme elle parmi les servitudes prescriptibles (3).

L'exercice de ce droit, dit-on, est particulièrement incommode et gênant pour le voisin, il ne peut pas être le

(1) Limoges, 29 février 1888. D. 89. 2. 213.

(2) Cassat., 18 juin 1851. S. 51. 1.513 ; — Aubry et Rau, tome III, § 248, note 6, p. 67; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des Biens,* note 2, p. 787.

(3) Demolombe, *Traité des Servitudes,* tome II, n° 712, pp. 210 et suiv.; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau., *Des Biens,* n° 1089, pp. 788 et suiv.

résultat de la tolérance. Il n'est du reste pas besoin du fait actuel de l'homme pour l'exercer. L'eau une fois versée dans l'évier coule d'elle-même, et l'exercice de cette servitude, loin de se confondre avec le fait de l'homme, lui survit au contraire. Ne peut-on pas, en outre, assimiler le droit d'écoulement des eaux ménagères à la servitude de vue ?

Comme la fenêtre, l'évier est une menace perpétuelle. Sans doute l'eau ne coule pas toujours, mais on ne regarde pas toujours non plus à la fenêtre. Il y a complète identité entre ces deux droits et si l'un est considéré comme continu, l'autre doit l'être aussi.

Dans l'art. 688, dit-on enfin, on trouve le mot égout pris dans un sens très général. Il semble bien qu'il n'y a pas lieu de distinguer dans notre hypothèse et que le législateur, en employant ce terme, a voulu y comprendre l'égout des eaux menagères.

Malgré ces arguments, la jurisprudence admet que la servitude d'évier est discontinue (1).

On a considéré que l'imprescriptibilité devait être ici de rigueur, pour ce motif très juste à notre avis qu'on ne peut concevoir l'exercice d'une pareille servitude sans le secours du fait actuel de l'homme. « Il n'y a d'écoulement qu'autant qu'il y a jet et dans la mesure de ce qui a été jeté. Que l'action de jeter cesse, que le fait actuel disparaisse, la servitude est désormais impuissante à s'exercer d'elle-même (2). »

Est-il possible d'appliquer à l'écoulement des eaux mé-

(1) Cassat., 17 février 1875. S. 77. 1. 74.; — Aix, 31 janvier 1838. D. 38. 2. 100; — Bordeaux, 31 août 1866. S. 67. 2. 136; — Bazas, 4 juillet 1887, sous Bordeaux, 10 juillet 1888. S. 90. 2. 205; — Riom, 8 mars 1888. D. 88. 2. 215; — Pau, 29 janvier 1890. D. 91. 2. 121.

(2) Machelard, *Ex. crit. des distinctions admises*, n° 118, p. 96.

nagères le critérium dont se sert Demolombe lui-même pour distinguer un droit continu de celui qui ne l'est pas (1)?

Comment prétendre que la servitude d'évier se puisse exercer pendant le sommeil de l'homme et cet auteur, en soutenant qu'il y a continuité dans notre hypothèse, ne se met-il pas en contradiction avec lui-même?

Il ne servirait à rien non plus de prouver que la servitude d'évier ne peut jamais résulter de la tolérance du voisin, car à supposer que cela soit juste le reproche devrait s'adresser au législateur qui s'est laissé guider par un motif inexact en pensant que l'exercice d'une servitude discontinue résulte toujours de la tolérance du voisin. Cela prouve une fois de plus la défectuosité du système admis par les rédacteurs de notre Code, mais rien autre chose.

L'assimilation de la servitude d'évier à celle de vue nous paraît fort exacte. Nous nous garderons cependant d'en tirer argument pour l'hypothèse toute spéciale qui nous occupe.

Pour nous en effet si le législateur n'avait pas nommément cité les vues dans l'art. 688, il serait impossible de leur assigner le caractère de continuité. Le fait de l'homme, son fait actuel nous semble ici nécessaire pour l'exercice de la servitude. Nous nous inclinons toutefois devant les termes formels de l'art. 688, seulement, nous le répétons, si on voulait tirer de ce texte les conséquences logiques qu'il comporte on arriverait à déclarer prescriptibles toutes les servitudes apparentes. Et cela, nul ne peut le con

(1) « La servitude continue, dit Demolombe, s'exerce pour ainsi dire d'elle-même et toute seule, sans aucun fait de l'homme *pendant son sommeil.* » (*Traité des servitudes,* tome II, n° 707, p. 207.)

tester, serait assurément dépasser la pensée et la lettre même de la loi.

On ne peut pas non plus soutenir que, sous le mot égout de l'art. 688, les auteurs du Code aient entendu comprendre la servitude d'évier. Cet argument n'est d'ailleurs invoqué que d'une manière tout à fait incidente par MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (1). La vérité c'est qu'en se servant du mot égout dans ce texte, le législateur a eu en vue les égouts des toits et qu'il n'a certainement pas songé au cas particulier de l'écoulement des eaux ménagères. Il nous reste alors à résoudre la difficulté à l'aide du critérium posé par les rédacteurs du Code et c'est ce que nous faisons en déclarant la servitude d'évier discontinue.

Si la servitude de lavage et celle d'abreuvage ne sont pas rendues apparentes par des travaux extérieurs on ne peut pas soutenir qu'elles soient prescriptibles.

Qu'on établisse même un lavoir à assiette fine et en maçonnerie, il est encore certain que le fait de l'homme sera nécessaire pour l'exercice du droit de lavage (2).

La chose est peut-être différente pour la servitude d'abreuvage. Il nous semble possible de supposer des hypothèses vraisemblables où les animaux s'abreuveront seuls et d'eux-mêmes sans aucun fait de l'homme.

Imaginons un étang entouré de prairies. L'étang appartient à Primus, les prairies à Secundus. D'un côté de l'étang il n'y a pas de clôture et le maître des prés qui a coutume d'y laisser séjourner les animaux pendant toute la belle saison a établi des travaux permanents et apparents sur les rivages pour permettre à ses bestiaux de s'abreuver plus

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 1089, p. 789 *in fine*.
(2) Cass., 14 février 1872. S. 72. 1. 31. — Dans cet arrêt, M. Rau, conseiller rapporteur, conclut que la servitude d'évier étant discontinue *a fortiori* celle de lavage doit l'être.

facilement. Ne pourrait-on pas dire qu'il y a là une servitude continue? Qu'importerait d'ailleurs que Secundus rentre son troupeau de temps à autre !

Il est certain qu'il n'a pas besoin d'être là pour que les animaux puissent boire. Il les mène sur son fonds pour pâturer et ceux-ci se désaltèrent seuls et à leur guise sans être conduits à l'abreuvoir par personne.

A côté de cela il est cependant juste de dire que, dans certains cas, le même droit pourra fort bien être discontinu. Il aura notamment ce caractère si les animaux sortent seulement pour aller boire et s'ils sont conduits par un berger.

La conclusion, suivant nous, c'est qu'il aurait fallu déclasser cette servitude tantôt continue et tantôt discontinue, comme elle peut être tantôt apparente et tantôt aussi non apparente (1).

On peut en dire autant du droit de pacage qui ne devait pas être forcément considéré comme discontinu. Il n'est pas rare que le maître d'un troupeau le laisse séjourner jour et nuit dans des prairies soigneusement closes et sans le confier à la garde d'un pâtre. Où trouve-t-on ici le fait de l'homme nécessaire à caractériser la discontinuité ?

Un auteur pense même que le fait d'aller chaque jour conduire et chercher les animaux ne suffit point pour rendre discontinue la servitude de pacage (2).

(1) La jurisprudence cependant est en sens contraire et se refuse à toute distinction. Peut être pourtant ne serait-ce pas violer la loi qui ne dit nulle part que la servitude d'abreuvage est discontinue. — Cass., 4 décembre 1888. D. 89. 1. 193; — Pau, 29 mars 1893. D. 94. 2. 34.

(2) Machelard, *Examen crit. des dist. admises...* n° 119, p. 97. « La servitude de pacage se conçoit parfaitement comme susceptible de s'exercer indépendamment du fait actuel de l'homme. Pacager est un acte qui appartient aux animaux, acte qu'ils accomplissent sans aucun secours, livrés à eux-mêmes... Le fait du pacage n'exige pas forcément la pré-

Nous partageons entièrement cette opinion. Pourtant il faut bien reconnaître que la jurisprudence se conforme à la pensée du législateur en déclarant le droit de pacage imprescriptible et en lui assignant toujours et quelles que soient les circonstances de fait le caractère de discontinuité (1). L'art. 688 cite en effet expressément parmi les servitudes discontinues celle de pacage, et conduit ainsi à déclarer imprescriptibles des droits qui peuvent être rendus apparents et qui de même, si l'on s'en rapporte au critérium choisi par le législateur, doivent parfois être considérés comme continus parce qu'ils n'exigent pas toujours le fait actuel de l'homme pour leur exercice.

Il y a là une contradiction qui nous semble évidente et on ne la ferait pas disparaître en essayant de prouver que le législateur a raisonné sur ce qui se passe le plus habituellement. Il est du reste très permis de penser, et c'est notamment l'avis de Machelard (2), que la présence d'un pâtre est exceptionnelle dans les pays où le pâturage est le plus pratiqué.

Cet auteur pense encore, à propos de la servitude de puisage, que, si elle est discontinue d'ordinaire, elle peut cependant perdre ce caractère si par exemple elle s'exerce à l'aide d'un moulin que le vent fait mouvoir (3). L'observation nous semble bien exacte; toutefois, dans

sence d'un berger..... La nécessité de mener et de ramener le bétail ne suffit pas pour rendre la servitude discontinue, le fait de l'homme ne se produisant que momentanément avant et après l'exercice de la servitude.» Cet auteur pense, cependant, qu'il n'est point douteux que le législateur ait toujours considéré cette servitude comme discontinue dans tous les cas.

(1) Cass., 1er mai 1888. D. 88. 1. 219; 3 juillet 1895. D. 96. 1. 108.

(2) Machelard, *Examen crit. des distinct,* n° 119. p. 97. « Dans les pays où le pâturage est le plus pratiqué nous voyons qu'il est habituel de tenir le bétail dans les lieux clos, de sorte que au moyen de la précaution d'une clôture le pacage s'exerce loin de l'œil de l'homme. »

(3) Machelard, *Examen critique des distinctions,* n° 122, p. 100.

cette hypothèse la distinction entre une pareille servitude et un droit de prise d'eau est bien légère, peut-être même n'existe-t-elle pas. C'est pourquoi nous croyons qu'en pareil cas les conditions d'apparence étant remplies, le prétendant à la servitude pourrait acquérir non pas un droit de puisage, mais un droit de prise d'eau. Il faudrait pour cela tenir compte des faits de jouissance qui se sont produits, les apprécier et voir s'ils sont de nature à donner naissance à la servitude de prise d'eau.

Quant aux faits de passage exercés par les habitants d'une commune sur le terrain d'un particulier, est-il besoin de dire qu'ils sont impuissants à mener à la prescription d'une servitude ? Il n'y a point d'exception à la règle absolue de l'art. 691 et si la commune veut utiliser sa possession elle devra prétendre à la copropriété ou à la propriété même de l'assiette du passage. A elle d'apporter la preuve de faits de jouissance suffisamment caractérisés pour cela.

Au commencement de ce siècle, il y eut entre quelques auteurs une discussion pour déterminer la nature des droits d'usage et décider s'ils étaient ou non prescriptibles.

Merlin s'étant posé la question la résout négativement pour ce motif qu'il y a selon lui discontinuité (1).

Proudhon (2) dans une très longue dissertation s'efforce de démontrer la fausseté de la doctrine enseignée par Merlin. Il affirme d'abord, et essaye de le prouver, que nous nous trouvons bien ici en présence de servitudes réelles; voulant ensuite établir qu'il s'agit également de

(1) Merlin, *Quest. de droit*, au mot *Usage*, § 7, pp. 288 et suiv. Il s'agit seulement ici du droit d'usage dans les forêts, mais la théorie soutenue n'a rien de spécial : elle peut se généraliser et s'appliquer à tous les droits de ce genre.

(2) Proudhon, *Droit d'usage*, tome I, chap. XI, nos 197 et s., pp. 274 et suiv., 2e édit. annotée par Curasson.

droits susceptibles d'être acquis par la prescription.

Nous ne reproduirons pas ici ses arguments qui sont difficiles à synthétiser et dont l'étude pourrait à elle seule faire l'objet d'un chapitre entier.

Nous admettrons sans vouloir le discuter que les droits d'usage constituent des servitudes réelles, mais sur le second point, préférant l'opinion de Merlin à celle de Proudhon, nous admettrons avec le premier jurisconsulte qu'il ne saurait être ici question de continuité. Nous ajouterons même que presque toujours il s'agira de droits non apparents. Par quel signe extérieur se révélera aux yeux du propriétaire d'une forêt la servitude de bois mort par exemple?

Elle ne laissera pas plus de trace qu'un droit de passage dont l'assiette n'est pas fixe.

On le voit aisément, l'art. 690 ne saurait ici s'appliquer, et même à supposer qu'il s'agisse de servitudes réelles, elles ne peuvent pas être déclarées prescriptibles parce que souvent elles manquent d'apparence et que toujours elles supposeront pour leur exercice le secours du fait actuel de l'homme (1).

§ 3. — *Critique de notre législation.*

Nous connaissons maintenant la portée pratique de la division des servitudes en continues et discontinues. Essayons d'en apprécier l'opportunité. Etant donnée l'importance pratique que le législateur attache à cette division, elle nous paraît très critiquable à un double point de vue.

(1) On cite cependant 2 arrêts de Cassation qui admettent la prescription à l'effet d'établir des droits d'usage dans les forêts. 1er décembre 1880. D. 81. 1. 121; 9 janvier 1889. S. 89. 1. 118.

Elle repose sur une présomption légale de précarité que l'on suppose toujours à la base de la possession des servitudes discontinues, ce qui est contraire à la réalité des faits.

Pratiquement, elle est injuste et viole des intérêts manifestes.

Nous disons que la présomption de précarité établie ainsi par les auteurs de notre Code en ce qui concerne les servitudes discontinues est contraire à la réalité des faits. Avant de le prouver, remarquons que la présomption de non-précarité qui règne en faveur des servitudes continues n'est pas plus exacte. Il est certain en effet que des droits à la fois continus et apparents, ou simplement continus, pourront s'exercer en faveur de la tolérance du voisin. De nombreux arrêts nous en fournissent la preuve (1). Ne conçoit-on pas facilement que l'exercice d'un droit de vue fort gênant d'ordinaire puisse devenir à peu près indifférent au maître du fonds sur lequel donne la fenêtre, le balcon ou la terrasse. Il suffit pour le comprendre de songer au cas très fréquent dans les campagnes où le propriétaire d'une maison aura ouvert des fenêtres sur l'héritage non clos de son voisin.

C'est, par exemple, un champ éloigné de l'habitation de ce dernier et où il ne va que pour les besoins de la culture. On ne peut pas dire, dans ce cas, qu'il résulte des inconvénients bien graves, pour le maître du fonds, de l'exercice du droit de vue, et si plus tard il vient soutenir en justice qu'il a toléré ces fenêtres par familiarité il ne paraît pas impossible de le croire.

Il en est de même pour la servitude d'égout des toits.

(1) Cass., 6 avril 1841. S. 41. 1. 414; 6 février 1867. S. 67. 1. 109; — Pau, 20 novembre 1865. S. 66. 2. 284; — Limoges, 4 novembre 1890. D. 92. 2. 351.

Dans bien des hypothèses elle ne sera pas gênante ou du moins les inconvénients qu'elle suscitera seront amplement compensés par les avantages qu'elle conférera en revanche.

Dans certaines contrées, l'eau est très rare, elle devient précieuse et on la recueille dans des citernes où on la conserve avec soin. Est-ce que dans ce cas le profit que retire des eaux le propriétaire de l'héritage inférieur n'est pas au moins égal au préjudice que leur chute lui cause ? Mais laissons ces faits secondaires et de peu d'importance pour nous attacher à prouver que les servitudes discontinues ne sont pas toujours le résultat de la tolérance.

Il est selon nous très difficile d'assigner un pareil point de départ à la servitude de pacage. Lorsque le voisin se sera borné à conduire son troupeau sur une prairie, dont le maître a déjà retiré tous les avantages, il n'y aura pas là bien sûr un empiétement très caractérisé. Seulement il peut se faire que les choses se passent autrement. Une partie importante de la récolte, les secondes herbes par exemple, peut encore se trouver sur le fonds, et dans cette hypothèse il nous semble bien hasardé et bien invraisemblable de croire à la tolérance du maître de l'herbage. N'y a-t-il pas là, suivant les expressions de Berlier (1), « des actes patents propres à faire présumer le consentement du propriétaire voisin ? »

On peut en dire autant pour les faits de passage exercés sur une assiette fixe et déterminée, condamnant ainsi à la stérilité une partie du fonds. Quelle utilité le propriétaire pourra-t-il désormais retirer de cette bande de terre soumise à la servitude? Elle a pu être pavée pour faciliter le passage des charrettes et même, si elle ne l'est pas, il est impossible de la cultiver et de l'ensemencer.

(1) Fenet, *Trav. prép.*, XI, n° 690, p. 312.

La servitude de puisage elle-même, aggravée de la servitude de passage, sera parfois aussi fort gênante. Si en fait, dans une contrée comme il y en a beaucoup, où l'eau et les sources sont rares, un particulier pouvait prouver qu'il a puisé depuis trente ans à la fontaine de son voisin une quantité d'eau importante, ou si encore quelqu'un prouvait que, pendant le même laps de temps, il s'est journellement introduit dans un jardin entouré de mur et soigneusement clos, pour y puiser l'eau nécessaire à ses besoins, il semble bien juste d'affirmer qu'il ne saurait être ici question de tolérance.

Et quand on aura prouvé que ces hypothèses sont rares, exceptionnelles, ce qui ne serait peut-être pas si facile qu'on se l'imagine, il n'en restera pas moins vrai que la règle admise par notre législateur n'est pas toujours exacte (1).

On dit encore que, conforme ou non aux faits, cette présomption s'explique par l'intérêt général.

Nous voulons bien admettre que cela soit vrai. La présomption de précarité, établie à l'encontre des servitudes discontinues, favorise certainement la bonne entente entre les voisins et les conduit à des complaisances mutuelles. Le maître d'une source laissera puiser à sa source, le propriétaire d'un fonds y laissera passer, parce que l'un et l'autre sont sûrs que, dès que cela aura pour eux le moindre inconvénient, ils seront libres d'y remédier. S'ils

(1) Il est juste de remarquer cependant que, dans toutes ces hypothèses, même à supposer qu'on ne tienne pas compte de la continuité la prescription serait souvent impossible grâce au manque d'apparence. Mais ce défaut pourrait disparaître et dans ce cas la possession pourrait ne plus être clandestine et d'autre part n'être plus précaire. Ce que nous voulons démontrer ici d'ailleurs, c'est tout simplement l'inexactitude de la règle admise par notre code pour déterminer s'il y a ou non précarité. En d'autres termes, notre but est de faire ressortir combien un pareil système est loin d'être conforme à la réalité des faits.

avaient au contraire à redouter la prescription, ils ne permettraient rien, de peur d'être plus tard victimes de leur complaisance.

Sans cette présomption, par pure mesure de protection pour leur droit de propriété, le maître du fonds soumis au passage, celui de la source se verraient contraints d'interdire des actes qui leur sont fort peu préjudiciables et dont l'utilité peut être pour d'autres d'une très grande importance.

Malgré cela, nous n'hésitons pas cependant à dire que la règle admise par notre loi est injuste et qu'elle viole des intérêts légitimes.

L'intérêt général qu'on invoque ici est vague, plus ou moins incertain. Mais à côté il y a des intérêts particuliers déterminés et certains. Le respect s'en impose dans la mesure de cette certitude. Est-il légitime que celui qui a possédé publiquement, manifestement, une servitude discontinue, qui a accompli tous les actes de jouissance normale qu'en comportait l'exercice, n'ait pas la faculté de prescrire ?

Le principe même de la prescription est ici en jeu. Si la prescription appliquée à la propriété et à ses démembrements est légitime, il ne faut pas hésiter à permettre dans certains cas également la prescription des servitudes discontinues.

En somme, nous croyons que, dans une bonne législation, toute servitude apparente, qu'elle soit ou non continue, doit pouvoir s'acquérir par la prescription.

Sans doute les servitudes discontinues, dans un pareil système, seront encore souvent imprescriptibles parce que la plupart du temps, nous l'avons déjà dit, elles manqueront d'apparence. Dans ce cas, en effet, il ne saurait être

question d'acquisition fondée sur la possession prolongée. Seulement, ce défaut disparaissant et la jouissance purgée du vice de clandestinité devenant au contraire publique, il n'y a plus, en bonne logique, aucun obstacle qui s'oppose à la prescription. Cette opinion a du reste été défendue avec beaucoup de force par Machelard et MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (1).

Avec ce système, il est vrai, on arriverait, suivant les circonstances, à déclarer la même servitude, tantôt prescriptible, tantôt imprescriptible, résultat que n'a sans doute point voulu le législateur. Il a cherché à édifier un système précis avec des règles fixes et invariables, mathématiques pour ainsi dire, s'inspirant surtout de cet axiome de Bacon : « optima lex quæ minimum judiciis arbitrio relinquit. »

Mais c'était donner à ce sujet une précision qu'il ne comportait pas, c'était le placer dans un cadre qui ne le pouvait contenir. Aussi eût-il fallu oublier l'axiome du philosophe anglais pour se souvenir de cette maxime si juste et si opportune de Dumoulin : « Modica enim circumstancia facti magnam inducit juris diversitatem. » Il n'y eût pas eu grands risques à laisser au juge le pouvoir d'apprécier si telle servitude apparente avait ou non sa base dans la tolérance du voisin (2) et c'était en tous les cas le seul moyen d'arriver à un résultat à la fois conforme aux principes et ne contrariant point l'équité (3).

(1) Machelard, *Examen critique des dist. adm.*, n° 113, p. 91 ; — Baudry-Lancantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1109, p. 808.

(2) Remarquons du reste que le législateur n'est pas arrivé à son but. La question de fait tient une large place en matière de prescription des servitudes. Toute servitude continue et apparente n'est pas de ce double chef forcément prescriptible ; il faut de plus qu'elle soit possédée selon les règles et c'est au juge à apprécier. S'il le peut dans un cas pour quoi ne le pourrait-il pas dans l'autre ?

(3) Même avec ce système, le propriétaire qui voudrait se montrer tolé-

Cela est si vrai que la jurisprudence en est venue à consacrer ce système en admettant d'une façon détournée la prescription des servitudes discontinues. Nous nous proposons de dire un mot de cette jurisprudence dans notre section III.

SECTION III

De la discontinuité et de la non-apparence

Le principe est élémentaire; nous l'avons déjà indiqué. Toutes les servitudes discontinues, qu'elles soient apparentes ou non, toutes les servitudes continues, qui ne sont pas apparentes, ne peuvent s'acquérir que par titres. Elles sont imprescriptibles et cette imprescriptibilité, la loi la considère comme absolue puisque l'art. 691 décide que la possession même immémoriale ne peut suffire à les établir.

Négligeons les règles transitoires que contient l'art. 691 dans sa dernière partie, « sans que cependant on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ».

Cela n'est pour nous d'aucune importance et n'est qu'une conséquence toute naturelle du principe de la non-rétroactivité des lois.

Dans tous les pays où la prescription était admise pour ces sortes de servitudes, même sous l'empire du Code civil et avec la règle actuelle, les titulaires de ces droits

rant le pourrait encore. Il n'aurait qu'à exiger dans un acte écrit l'aveu formel de celui qui veut passer sur son fonds que sa possession est précaire et à titre de tolérance. Cela se fait en pratique pour les servitudes prescriptibles, et une pareille reconnaissance, même à supposer qu'elle dût être renouvelée tous les trente ans, est bien suffisante pour sauvegarder les droits du propriétaire qui veut user de tolérance envers ses voisins.

pourront invoquer leur possession antérieure et s'y faire maintenir, si la durée requise était accomplie avant l'application de notre régime actuel.

C'est également pour terminer une controverse ancienne et jadis célèbre que notre législateur a pris soin d'exclure nommément la possession immémoriale. La discussion était née à propos de la Coutume d'Orléans, où cette prescription n'était pas exclue en toutes lettres et quelques-uns de nos anciens auteurs (1) pensaient qu'alors elle devait être permise.

Cette opinion n'avait pas prévalu. Cependant, le législateur crut bon de se prononcer, et sous l'empire du Code de 1804 il ne peut pas y avoir à cet égard le moindre doute.

L'art. 691 ainsi élucidé, il semble qu'il n'y ait plus rien à dire sur ce sujet. Pourtant il n'en est rien. A la prescription prohibée par la loi, une jurisprudence fort intéressante à étudier a substitué une prescription permise, celle de la copropriété. Il ne s'agit plus ici de prescrire un droit de servitude sur un fonds, mais bien d'acquérir par ce moyen un droit de copropriété, lequel échappe comme la propriété elle-même à la prohibition de l'art. 691.

Les tribunaux ont admis ces prétentions des demandeurs dans un assez grand nombre de décisions.

Nous en citons quelques-unes (2) et nous en examinerons deux de plus près, de façon à nous faire une idée précise de la doctrine qui s'en dégage.

Disons d'abord qu'il paraît fort juste d'admettre la prescription de la copropriété lorsque les faits de jouissance

(1) Dumoulin en son Conseil 26, nos 24 et 25. — Pothier était aussi du même avis, bien que moins affirmatif, et si nous devons en croire Merlin, ce dernier auteur reconnaissait que la jurisprudence inclinait à partager l'avis contraire. — Merlin, *Répertoire*, au mot *Servitudes*, § 23, art. 1, p. 93.

(2) Cassation, 7 février 1883. D. 84. 4. 128; 8 janvier 1835. S. 35. 1. 538; 29 novembre 1841. S. 42. 1. 191; 1er juin 1848. S. 48. 1. 569.

invoqués sont suffisants et que la possession semble clairement manifester les intentions de celui qui l'allègue. Seulement toute la question est de savoir si la possession invoquée est suffisante et voyons si notamment dans plusieurs espèces les tribunaux n'ont pas admis les prétentions des demandeurs dans le but unique de parer à la prohibition fâcheuse de l'art. 691. Voyons s'il ne se sont pas contentés de faits de jouissance insuffisamment caractérisés, violant ainsi la règle *tantum præscriptum quantum possessum*.

Nos craintes semblent bien se justifier, si nous étudions avec attention l'espèce soumise à la Cour de cassation le 8 janvier 1835. Il s'agissait d'une lande sur laquelle depuis un temps très long un particulier menait paître ses troupeaux. Il avait également l'habitude d'y couper des ajoncs. Sans l'art. 691, il est clair que c'était là des faits de jouissance bien suffisants pour prétendre à l'acquisition d'une servitude. Toutefois, devant les termes formels du texte il ne fallait pas songer à faire valoir avec chance de succès une pareille prétention. Ce que voyant, lorsqu'on voulut mettre fin à sa jouissance, ce tiers soutint qu'il n'agissait point *jure servitutis*, mais bien comme copropriétaire du fonds.

A notre avis, il n'aurait pas dû triompher. On avait beau dire qu'il s'agissait d'un terrain non susceptible d'un autre mode de jouissance et se retrancher derrière une question de fait particulièrement difficile à éclaircir, il nous semble que si on n'avait pas été préoccupé dans l'espèce d'utiliser une possession aussi caractérisée, on aurait facilement trouvé dans l'examen attentif des faits de la cause que la jouissance n'avait point été celle d'un copropriétaire.

Nous devons reconnaître cependant que si la loi est ici

violée, comme nous le croyons après nombre d'auteurs(1), elle l'est très habilement. Cette jurisprudence, en effet, est très difficile à critiquer,toute la discussion reposant sur une pure question de fait, le principe devant être mis hors de cause.

Toutefois dans l'arrêt du 22 novembre 1841, la violation de la règle *tantum præscriptum,quantum possessum* apparaît mieux.

Nous nous trouvons en présence d'une commune qui prétend à la copropriété d'une prairie, alléguant qu'elle a l'habitude d'en faire pâturer par qui bon lui semble les secondes herbes.

On établit de plus que dans l'ancienne province du Velay, lieu de la situation de l'immeuble, les droits de pâturage et de vaine pâture étaient interdits.

Est-ce bien là une possession susceptible de mener à la copropriété du sol? La commune ne possédait-elle pas plutôt sur cette prairie un simple droit de servitude? Tout à l'heure, dans l'arrêt que nous avons étudié précédemment, on voulait établir que le prétendant au droit de copropriété avait usé de la lande comme l'aurait fait un propriétaire, pourrait-on soutenir la même chose, s'il s'agit d'un tiers qui se contente de mener paître ses troupeaux sur une prairie dont un autre a enlevé la première récolte, celle qui est de beaucoup la plus importante?

Il n'est pas dit dans l'espèce que la prairie dont il s'agit produisait beaucoup de secondes herbes. Pourtant, il y a

(1) Machelard, *Examen crit. des distinct.*, n° 113, pp. 90 et s.; -- Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1109, p. 808, sont notamment de cet avis. Selon MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, le législateur, en établissant la prohibition de l'art. 691, a « acculé les juges dans une impasse que les a conduits à admettre contre toute vraisemblance la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude. »

des fonds qui n'en produisent pas, d'autres très peu; il eût été important de préciser.

Que nous importe d'ailleurs que le droit de vaine pâture fût ou non interdit dans la province du Velay? Cela ne prouve qu'une chose, c'est que la jouissance de la commune aurait dû être inutile parce qu'elle n'était bonne qu'à faire acquérir un droit de servitude, ce qui était interdit tant sous l'empire de l'ancienne règle admise en Velay que sous le régime de notre Code. Nous pensons par suite que cette jurisprudence viole la règle *tantum præscriptum, quantum possessum*, et nous croyons l'avoir suffisamment établi.

Disons que ce n'est pas son seul défaut. Il est complètement illogique de déclarer une possession capable de faire acquérir un droit de copropriété, alors qu'on ne la reconnaît pas capable de mener à la prescription d'une simple servitude.

Cette jurisprudence a des effets funestes, et elle est de plus difficile à appliquer.

Il est bien facile de montrer qu'elle est contraire au vœu de la loi en aggravant l'étendue du droit acquis au profit de celui qui se prévaut de la possession, et en mettant le propriétaire de l'héritage qui aurait été le fonds servant dans une situation particulièrement désavantageuse.

Pourtant si le législateur a défendu de prescrire les servitudes discontinues, c'est sans aucun doute pour protéger la propriété contre les surprises et ne pas en permettre le démembrement lorsque les intentions du possesseur présentent le moindre caractère de doute. Nous allons voir comment on se conforme à ce désir.

Celui qui possède sur le fonds voisin une servitude de puisage, de pacage ou de passage peut la perdre par le

non-usage ; en principe, au contraire, le droit de copropriété ne se perd jamais ainsi (1).

S'il s'agit d'un droit de servitude, le maître de l'héritage asservi pourra se faire autoriser à en déplacer l'assiette, il pourra accomplir certains travaux qui, ne nuisant point au maître du fonds dominant, rendent cependant la charge moins lourde pour celui qui doit la servitude. Rien de semblable ne pourrait avoir lieu lorsqu'il s'agit d'un droit de copropriété. De même quelle différence existe entre les conséquences résultant de l'existence d'une servitude de puisage et celles qu'engendre le droit de copropriété aux eaux de la même source? Le titulaire de la servitude devra se contenter de prendre l'eau nécessaire à sa consommation. Le copropriétaire de la fontaine peut très certainement user de l'eau comme bon lui semble. Une seule limitation lui est imposée, celle de ne pas porter atteinte aux droits de celui qui jouit au même titre que lui.

D'une manière générale, la prohibition d'aggraver les servitudes discontinues n'aura pas non plus d'effet et celui qui exercera par exemple un droit de passage à titre de copropriétaire pourra passer quand et comment la chose lui plaira. La seule condition sera de réparer le chemin devenu peut-être plus difficile, par suite des faits réitérés de passage.

Ajoutons encore que le premier propriétaire qui n'est plus le maître exclusif ne pourra plus à lui seul concéder des droits sur le chemin ou sur la source. Désormais il a

(1) Il faut remarquer cependant que cette aggravation n'a pas une grande portée pratique parce que le maître d'un champ par exemple ou un tiers a acquis la copropriété de l'assiette du passage pourra, si le copropriétaire n'use jamais de son droit, arriver à reconquérir la pleine propriété de l'assiette du passage.

un compagnon et suivant le mot d'un vieil auteur : « Qui a compagnon a maître. »

A notre avis, un autre défaut de cette jurisprudence c'est encore de tendre un piège à la bonne foi des propriétaires. Se fiant sur l'art. 691 et la présomption de précarité qu'a établie le législateur à l'endroit des servitudes discontinues, ils laisseront passer ou puiser, puis au bout de trente ans, s'ils veulent en empêcher, alléguant l'art. 691, on leur répondra que ce texte n'a rien à voir au débat et parce qu'on aura changé la chaîne d'un puits dont le maître ne se servait peut-être pas beaucoup, parce qu'on aura pavé un passage, on s'adressera aux tribunaux qui déclareront la copropriété acquise.

Or on nous a dit que si le législateur avait établi la présomption de précarité à l'égard des servitudes, c'était pour favoriser la tolérance des voisins. N'est-il pas à craindre dès lors qu'avec cette prescription de la copropriété la précaution ne devienne inutile ?

Car ce n'est plus un simple droit de servitude que devra redouter le maître du fonds, c'est un droit de copropriété. A côté de lui, il aura un égal. Tous deux jouiront au même titre.

Combien il nous paraît difficile d'admettre un pareil système !

Le magistrat qui devra appliquer ces principes sera souvent bien perplexe. Quelle est en effet la limite entre la prescription permise et celle qui est défendue ? Où commence la copropriété, où finit la servitude ? Pour prouver l'existence d'un droit de copropriété on peut user de la preuve testimoniale ; non pour un droit de servitude discontinue. Il pourra alors arriver ceci : ou le juge, se contentant de faits de jouissance insuffisants pour caracté-

riser un droit de propriété, admettra la preuve testimoniale alors qu'il s'agit seulement d'une servitude discontinue, ou bien, se montrant trop sévère sur l'appréciation des caractères de la possession, il refusera d'admettre la preuve testimoniale alors qu'il devrait le faire. Dans ce dernier cas il croit se trouver en présence d'une servitude discontinue, et il se trouve en présence d'un droit de copropriété.

Lorsqu'il n'y a pas de titre il est souvent impossible en pratique de distinguer ces deux droits l'un de l'autre. Aussi nous concluons en disant qu'il serait à souhaiter que le législateur eût permis la prescription de toutes les servitudes apparentes discontinues ou non, qu'on devrait même à l'heure actuelle désirer une réforme sur ce point parce que la jurisprudence a apporté à la règle de l'imprescriptibilité, un correctif des plus dangereux (1).

(1) Si nous voulons nous rendre compte de toute la portée du système admis par la jurisprudence, réfléchissons en outre que, avec sa doctrine, l'apparence devient superflue. Il n'est pas besoin de rendre apparents des faits de pacage pour prescrire la copropriété du sol. On pourrait développer cette pensée, elle suggère à l'esprit des inquiétudes nombreuses et fait ressortir suffisamment le besoin d'une réforme sur ce point particulier de notre législation.

CHAPITRE III

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ARRIVER A PRESCRIRE LES SERVITUDES CONTINUES ET APPARENTES

Pour prescrire une servitude, il ne suffit pas qu'elle soit continue et apparente, il faut encore, et cela est indispensable, que la possession revête certains caractères, et de plus qu'elle se prolonge pendant un délai fixe et soigneusement déterminé par nos textes.

L'étude de ces diverses conditions fera l'objet de ce chapitre, que nous diviserons lui-même en deux sections.

Dans la Section I^re^, nous étudierons les caractères que doit revêtir la possession pour être utile à l'effet de prescrire.

Dans la Section II^e^, nous aurons à nous occuper du délai requis.

Mais avant d'aborder l'étude de notre première section il n'est peut-être pas inutile de rappeler que, même possédées suivant les conditions exigées et pendant le délai nécessaire, certaines servitudes, bien que continues et apparentes, ne peuvent cependant être acquises par la prescription. Il s'agit ici des servitudes sur les biens qui sont imprescriptibles par leur nature ou qui sont déclarés tels par la loi.

Dans la première catégorie se trouvent tous les biens dépendant du domaine public, les places, les rues, les rou-

tes, les hâvres et les ports ainsi que certains édifices. Ces biens, qui sont inaliénables, sont également imprescriptibles. Par quelque possession que ce soit on ne saurait acquérir sur eux un droit de servitude (1).

Il arrive, dans la pratique, que, pour se procurer de l'eau, des propriétaires construisent un aqueduc sur la voie publique. S'il s'agissait d'un bien du domaine privé, sans aucun doute la prescription s'accomplirait. Avant l'expiration du délai de trente ans, la commune pourrait exiger la démolition des travaux, tandis que, passé ce délai, il y aurait au contraire droit acquis. S'agit-il d'une dépendance du domaine public, comme c'est ici le cas, la possession de cent ans et plus ne produirait aucun effet.

Parmi les biens qui ne sont point de leur nature imprescriptibles, mais qui sont déclarés tels par la loi, se trouvent les biens dotaux. Sur eux comme sur ceux dont nous venons de parler, on ne peut non plus acquérir de servitudes. Il faut cependant remarquer que la prohibition n'est plus ici aussi rigoureuse. En effet, si la possession avait commencé à courir avant le mariage, elle demeurerait efficace à l'effet d'acquérir la servitude.

Ajoutons enfin que, sitôt la séparation de biens, les immeubles dotaux sont de nouveau soumis au droit commun, en ce qui concerne la prescription. Il ne s'agit donc là que d'une dérogation essentiellement temporaire.

SECTION PREMIÈRE

Caractère que doit revêtir la possession.

Nous n'avons pas ici de textes spéciaux à notre matière

(1) La jurisprudence décide même pour cette raison qu'ils font partie du domaine public qu'on ne peut acquérir aucune servitude sur les piliers et les contreforts d'une église. (Paris, 18 février 1851. S. 51. 2. 181 ; Agen, 23 janvier 1860. S. 60. 2. 317.)

et ce sont les art. 2229, 2232 et 2233 du C.civ. qui vont nous guider pour déterminer les caractères que doit revêtir la possession ou, si on le préfère, la quasi-possession des servitudes (1).

Il faut évidemment appliquer ces textes dans l'hypothèse qui nous occupe. L'art. 690 du C. civ. ne veut pas dire que toute servitude continue et apparente possédée pendant trente ans doive forcément s'acquérir par la prescription.

Il s'explique sur la nature de la chose à prescrire et sur le délai, parce que, en ces deux points, il déroge au droit commun et s'il n'en dit pas davantage ce n'est pas parce qu'il entend se contenter de ces deux conditions, mais bien parce que, sur tous les autres points, il entend se reporter aux principes généraux et aux règles admises.

Ce serait du reste méconnaître étrangement les tendances du législateur que de penser qu'il a pu se montrer plus facile pour admettre la prescription des servitudes que celle de la propriété.

Pour étudier les caractères de la possession, nous suivrons l'ordre admis par l'art. 2229 (2).

(1) Les art. 2230-2331 et 2234 nous seront également utiles pour déterminer à qui incombe la charge de la preuve. C'est à eux que nous aurons recours pour savoir si c'est au possesseur à prouver que sa possession présente les caractères requis ou si c'est au propriétaire à prouver que la possession invoquée n'est pas suffisante.

(2) A vrai dire, l'art. 2229 renverse l'ordre logique qui eût été le suivant : 1° fondement juridique de la possession ou possession à titre de propriétaire ; 2° extériorité du droit. La jouissance purgée du vice de précarité doit encore être paisible, publique et non équivoque, ce qui la rend respectable ; 3° enfin la possession qui dans ses origines et ses caractères extérieurs présente les qualités requises doit encore se présenter dans sa durée avec certains caractères, d'où nécessité qu'elle soit continue et non interrompue.

Si nous avions à édifier une théorie de la possession, nous suivrions cet ordre logique, mais n'ayant à faire qu'une étude accessoire sur ce sujet nous nous bornerons à suivre la méthode de l'art. 2229 en essayant

Dans un 1er paragraphe, nous parlerons des deux premiers caractères : la continuité et la non-interruption, lesquels se rattachent par ce lien commun qu'ils affectent la possession dans sa durée.

Les trois conditions suivantes, paisible, publique et non équivoque, qui ont trait au caractère extérieur de la possession, feront l'objet d'un second paragraphe. Enfin, dans un troisième et dernier paragraphe, nous parlerons de la précarité, vice qui affecte la possession dans son origine.

§ 1er. — *De la continuité et de la non-interruption.*

Nous l'avons dit, le point commun de ces deux qualités c'est que toutes les deux affectent la possession dans sa durée.

Voyons successivement ces deux caractères.

Que faut-il d'abord entendre par continuité de la possession à notre point de vue spécial ?

Au début de ce siècle, on professait généralement sur ce sujet une opinion erronée. S'inspirant d'un texte de Paul (1), nombre d'auteurs (2) pensaient que la possession continue *était celle qui ne s'exerçait pas par intervalles.* Nous avons déjà dit un mot de cette doctrine. C'est ici le lieu de la réfuter et de faire ressortir la confusion sur laquelle elle repose. L'exercice du droit, disait-on dans ce système, doit se manifester d'une façon permanente et sans la moindre interruption. On ne possède pas une ser-

de grouper les diverses conditions exigées et en les rattachant à quelques idées générales.

(1) Loi 14 pr. D. VIII. 1.

(2) Delvincourt, tome I, note 1, p. 172 ; Demante (cité par Belime), *Programme d'un cours de droit civil,* tome III, p. 539; Duranton, tome V, n° 578, p. 587; — Pardessus, *Traité des servitudes,* tome II, n° 276, p. 83.

vitude discontinue, quand on ne l'exerce pas, et, dès lors, la conclusion est facile à tirer, c'est qu'on ne peut pas posséder une semblable servitude d'une façon continue, car il est bien impossible de passer toujours ou de puiser sans cesse. C'était du reste reproduire en tous points la théorie du jurisconsulte Paul. Dans la loi 14 pr. D. VIII. 1, ce jurisconsulte, venant de parler des servitudes rurales de passage, nous dit qu'elles ne sont pas susceptibles d'usucapion parce que « non habent certam continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessionis ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur ». Ce texte contient deux erreurs qu'il est facile de mettre en lumière. La première, que nous avons déjà signalée, c'est qu'il est inexact de dire, comme voudrait le faire croire Paul, qu'à Rome l'usucapion des servitudes rurales fût prohibée parce qu'elles étaient insusceptibles de possession continue. Nous l'avons dit, le motif qui fit prohiber l'usucapion de toutes les servitudes soit urbaines soit rurales est le même, c'est, que à un certain moment, elles furent considérées comme des choses incorporelles non susceptibles de possession.

Du reste, à la fin du texte cité, une phrase confirme que le motif de prohibition fut unique. « Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum, » dit Paul. Cela ne veut en effet pas dire qu'on ne peut pas posséder non plus d'une façon continue les servitudes urbaines, mais bien sans doute que, comme les rurales, elles ne peuvent s'acquérir par l'usucapion, parce qu'elles sont des choses incorporelles.

De plus, l'idée que nous donne Paul de la possession continue nécessaire à l'effet d'usucaper n'a jamais été

admise ainsi même à Rome(1). Selon lui, pour qu'elle présente ce caractère, il serait nécessaire d'agir sans trêve ni merci sur la chose possédée. Faisant l'application de sa théorie à une servitude de passage, Paul constate qu'il est impossible de marcher sans cesse et en tire cette conclusion que la possession d'une pareille servitude est forcément discontinue. Cependant, à Rome, le préteur protégeait la jouissance de ces servitudes par la *possessio longi temporis* (2). Le délai, il est vrai, était beaucoup plus long; toutefois, à l'encontre de l'opinion de Paul, c'était bien une possession considérée comme continue qui servait de base à l'institution prétorienne. Se faire une pareille idée de la continuité exigée pour rendre la possession utile à l'effet de prescrire n'est pas chose raisonnable. C'est rendre impossible non seulement la prescription des servitudes discontinues, mais bien celle de la propriété elle-même.

Dans son *Traité de la Possession*, Belime s'est particulièrement attaché à mettre en relief les conséquences fâcheuses de cette doctrine (3).

Celui qui aura labouré un fonds, l'aura ensemencé et en aura récolté les fruits n'aura pas eu une possession continue en ce sens qu'elle n'aura pas été exercée toujours et sans intervalles. L'auteur d'un pareil empiétement ne pourra donc pas prescrire.

(1) « Nous ne craignons pas de le dire, malgré toute la déférence due à un jurisconsulte aussi éminent, que cette manière d'entendre la continuité de la possession n'était pas plus exacte dans la législation romaine qu'elle ne l'est dans la nôtre. » Marchelard, *Examen crit.*, n° 91, p. 75.

(2) Il y avait même un interdit spécial pour protéger la possession du droit de passage. Cependant, il n'est pas douteux que la possession d'un tel droit ne puisse être continue dans le sens que Paul assigne à ce mot. Cela prouve bien qu'on se faisait à Rome une autre idée de la possession continue et qu'on la croyait possible même pour la servitude de passage.

(3) Belime, *Traité de la Possession*, n° 57, p. 49.

En outre, celui qui possède une servitude discontinue acquise par titre ne pourra pas exercer la complainte s'il est troublé dans l'exercice de son droit, car le titre ne purge pas le vice de discontinuité, lequel entachera forcément l'exercice d'un droit de ce genre.

Comment admettre un système qui engendre de telles conséquences ?

Ses défenseurs eux-mêmes reculent devant elles et la Jurisprudence est unanime pour les repousser (1).

Cette erreur est le résultat d'une confusion entre la continuité de la possession et la continuité de la servitude qui sont deux choses fort distinctes. Il importe au plus haut point de ne pas les confondre.

Disons en effet ce qu'il faut entendre par continuité dans la possession et nous verrons ensuite que rien ne s'oppose à ce que les servitudes discontinues puissent être possédées d'une façon continue.

La possession offre ce caractère lorsqu'elle n'est pas abandonnée, puis reprise quand celui qui jouit du droit en retire tous les avantages qu'il est destiné à produire, et quand il se comporte comme le ferait un propriétaire soigneux et diligent (2).

Le nombre des faits de jouissance exigé pour constituer la continuité est très variable, aucune règle fixe ne peut être posée à cet égard. Cela peut varier à propos de la même servitude.

Prenons comme exemple un droit de passage. Nous savons maintenant qu'on peut le posséder d'une manière

(1) Cass., 5 juin 1839. S. 39. 1. 621 ; 12 décembre 1860. S. 61. 1. 303 ; 19 mars 1884. D. 85. 1. 212.

(2) Belime, *op. cit.*, n° 57, p. 49 ; — Machelard, *Examen critique*, n° 92, pp. 76-77 ; — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, n° 239, p. 141.

continue en en jouissant conformément à sa destination comme le ferait un propriétaire diligent.

Combien cependant seront différents les actes d'exercice nécessaires suivant que cette servitude est l'accessoire d'un droit de passage par exemple, ou bien qu'elle est établie pour l'exploitation d'une forêt ?

Dans le premier cas il faudra des faits de passage accomplis chaque jour ; des actes de jouissance répétés de loin en loin ne suffiraient pas.

Dans le second cas, au contraire, il suffira de passer tous les 5 ans, tous les 10 ans, tous les 20 ans peut-être. Si le droit de passage est spécialement accordé pour enlever le bois abattu, il suffira de l'exercer lors de l'abatage de chaque coupe ; le propriétaire du fonds servant pourra même s'opposer à un exercice plus fréquent de la servitude.

Si les servitudes discontinues sont susceptibles de possession continue, à l'inverse on peut posséder d'une manière discontinue celles qui présentent le caractère de continuité.

Cette affirmation pourrait être contestée, mais si elle n'était pas exacte à quoi servirait le pouvoir d'appréciation laissé au juge dans l'art. 2229 (1) ? Il ne pourrait se comprendre.

Il est d'ailleurs facile de prouver par des arguments directs que la servitude continue n'est pas forcément, et par

(1) Ce pouvoir d'appréciation ne pourrait pas servir à l'égard des servitudes discontinues puisque l'art. 691 les déclare toujours imprescriptibles. Il faudrait donc décider que le juge n'a pas à s'occuper du caractère de continuité, ce qui est contraire au texte de l'art. 2229. Il ne serait pas juste non plus de dire que nous sommes dans une hypothèse spéciale et régie par des textes particuliers. Précisément sur le point qui nous occupe aucun texte spécial n'existe et comme nous l'avons démontré il faut dans ce cas se reporter aux textes généraux et les appliquer intégralement.

le seul fait qu'on en jouit, possédée d'une façon continue.

Ne peut-on pas concevoir que l'exercice d'un droit de vue ou celui d'un droit de prise d'eau à l'aide d'une vanne soit abandonné, puis repris, que le maître use de la servitude plus rarement que ne le ferait un propriétaire diligent.

Il ne suffit pas d'avoir un aqueduc muni d'une vanne pour prescrire le droit de le conserver. Il faut des faits de jouissance en conformité avec la destination du droit.

Le fait de lever la vanne sans motifs de temps à autre et d'une façon irrégulière, alors que cette prise d'eau a été établie pour irriguer une prairie, ne suffirait point pour constituer la continuité de la possession.

De même pour prescrire un droit de vue il ne suffit pas d'établir une fenêtre donnant sur l'héritage du voisin; si les volets sont toujours clos, si la maison n'est pas habitée ordinairement, pas même pendant une courte partie de l'année, comme le serait une maison de campagne, à notre avis il n'y a pas de possession continue et la prescription doit être écartée (1).

Ce sera au juge de décider si le maître du droit en a usé comme il convient. Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, affirmant toutefois à nouveau que le magistrat a le pouvoir et aussi le devoir d'apprécier en fait si la possession d'une servitude continue présente le caractère de continuité sans lequel il ne saurait y avoir de prescription.

Le second caractère qui affecte la possession dans la

(1) « Ce ne serait pas assez que des témoins eussent vu établir un canal ou une gouttière ou même que ces signes subsistassent si jamais ce canal n'avait conduit les eaux ou si cette gouttière ne les avait jamais dirigées sur le fonds du voisin. » Pardessus, *Traité des servitudes*, tome II, n° 279, p. 92.

durée, et que nous allons maintenant étudier, c'est la non-interruption.

Disons d'abord qu'il faut soigneusement se garder d'une erreur facile à commettre, et ne point confondre la non-continuité et l'interruption, qui sont deux qualités profondément distinctes.

« L'interruption, dit Belime, vient du fait d'un tiers, au lieu que la discontinuation vient du fait du possesseur lui-même, mais dans ces deux cas l'effet est le même et le bénéfice de l'ancienne possession est perdu (1). »

On peut bien dire qu'il ne saurait y avoir de possession continue s'il y a eu interruption, il ne serait plus exact d'affirmer qu'une possession discontinue est forcément interrompue. En d'autres termes, là où il y a continuité il y a non-interruption, toutefois il peut y avoir discontinuité là où il n'y a point eu d'interruption.

Nous insistons sur ce point parce que quelques auteurs, parmi lesquels Leroux de Bretagne, ont confondu ces deux caractères de la jouissance (2).

L'interruption peut être civile ou naturelle. Elle est naturelle lorsqu'un tiers, que ce soit le propriétaire ou un autre, a dépossédé celui qui primitivement jouissait du droit ; elle est civile au cas où elle résulte d'un acte juridique, d'une citation en justice par exemple.

Pierre possède sur le fonds de Paul un aqueduc, ce dernier, à l'endroit où l'eau va couler sur le champ de Pierre, en détourne le cours à son profit, il y a interruption naturelle, c'est la dépossession par la force brutale.

(1) Belime, *Possession*, n° 58, p. 50.

(2) Leroux de Bretagne, n° 288, cité par Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, note 3, p. 144. Les mêmes auteurs de la note 2 de la page 143 nous apprennent encore que Dunod commet la même erreur, en confondant constamment la non-continuité et l'interruption.

Si Paul, fort de son droit, attaque au contraire l'usurpateur par les moyens légaux, c'est l'interruption civile.

On ne voit pas en vertu de quels textes on distinguerait entre ces deux sortes d'interruption et pourquoi l'on permettrait moins à l'une qu'à l'autre de vicier la possession en la rendant impuissante à faire acquérir la servitude.

Nous croyons donc que dans les deux cas la possession antérieure à l'interruption devra être destituée de tout effet en ce qui concerne notre point spécial qui est l'acquisition d'un droit par le moyen tiré de la prescription.

Remarquons enfin que c'est à celui qui veut prescrire de prouver que sa jouissance présente le caractère de continuité désirée, alors qu'au contraire c'est à celui auquel on oppose la possesion, de prouver le vice d'interruption dont elle est entachée. « Le possesseur actuel, dit en effet l'art. 2234, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire sauf la preuve contraire. »

A la différence de la continuité, l'interruption n'est pas toujours un vice absolu.

On admet en effet que si celle qui résulte de la dépossession matérielle présente ce caractère au contraire, sauf dans un cas exceptionnel (1), dont il sera question ailleurs l'interruption civile ne produit que des effets relatifs. On discute aussi sur le point de savoir si, dans le cas où le possesseur abandonne lui-même sa jouissance, il y a discontinuité ou interruption. Il s'agit par exemple de quelqu'un qui ,après avoir établi un aqueduc muni d'une

(1) Nous voulons parler de la reconnaissance du droit de propriétaire par le possesseur avouant dans un acte écrit la précarité de sa jouissance. Demante et Colmet de Santerre, tome VIII, n° 330 *bis*, V, p. 418; — Belime, *Traité de la Possession*, n° 64, p. 52, ont assimilé cette hypothèse au cas d'interruption civile.

vanne, s'en est servi pendant dix ans et ne s'en sert plus maintenant, il abandonne sa jouissance au moins d'une façon momentanée. Demante et Colmet de Santerre, MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier pensent qu'il s'agit dans l'espèce d'un acte d'interruption (1). Pour nous, nous préférons l'avis de Belime et de Laurent, car il nous semble plus juste de voir dans cet abandon un fait donnant naissance à la discontinuité (2).

Avec l'autre opinion, on arrive presque à identifier les deux caractères de la possession et il ne serait plus vrai de dire avec Belime que « l'interruption vient du fait d'un tiers au lieu que la discontinuation vient du fait du possesseur lui-même ».

La question du reste est purement théorique et par conséquent sans grande importance.

Laissons désormais les caractères qui affectent la possession dans sa durée pour nous occuper des trois qualités qui ont trait à son côté extérieur, public.

§ 2. — *De la possession paisible, publique, et non équivoque.*

Qu'est-ce d'abord que la possession paisible ?

Les auteurs sont loin de s'entendre sur ce point. Deux opinions que nous allons essayer de développer successivement ont été soutenues.

Dans l'une de ces opinions, on qualifie de possession paisible celle qui n'est ni acquise ni gardée par la violence.

Dans l'autre, on exige encore que la possession n'ait

(1) Demante et Colmet de Santerre, tome VIII, n° 350 *bis*, III, p. 471 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, n° 242, p. 143.

(2) Belime, *Traité de la Possession*, n° 58, p. 50 ; —Laurent, XXXII, n°s 79-80, pp. 95-96.

point été troublée par des violences émanant des tiers. Si donc j'ai ouvert une fenêtre donnant sur le fonds voisin, ou si sur ce même fonds j'ai établi un aqueduc, d'après les uns, du moment que j'ai joui sans employer la force, ma possession est utile ; d'après les autres au contraire il ne suffit pas que je n'aie pas moi-même employé la violence, il faut encore que je n'aie pas subi de violence, qu'on m'ait laissé jouir en paix.

Voyons les arguments sur lesquels on se fonde de part et d'autre.

Avec la première doctrine, l'art. 2233 ne serait que le complément de l'art. 2229, en tant que ce dernier exige une possession paisible. Il n'y aurait pas là deux dispositions différentes, mais bien deux textes se complétant l'un et l'autre.

La possession paisible, dit Belime, est celle « qui n'a pas été acquise et gardée par violence » (1). MM. Aubry et Rau disent encore : « La possession est entachée de violence ou, en d'autres termes, n'est pas paisible, lorsqu'elle a été acquise et gardée au moyen de voies de fait accompagnées de violences matérielles et morales (2). »

Remarquons cependant que de simples voies de fait ne suffiraient pas. Il faut qu'elles soient accompagnées de violences pour rendre la possession non paisible. Si les simples voies de fait suffisaient, il n'y aurait pas de prescription possible parce que l'usurpation qui lui sert de base est elle-même une voie de fait. La prescription avec juste titre et bonne foi serait alors seule applicable et nous

(1) Belime, *Traité de la Possession*, n° 31, p. 35.

(2) Aubry et Rau, tome II, § 180, p. 97. — Lire aussi la note 23 de la même page.

verrons bientôt qu'il n'en faut point tenir compte pour l'acquisition des servitudes.

D'autres auteurs ont également défendu cette opinion avec beaucoup de force et de précision (1). Ils essayent de prouver que le Code civil n'a pas voulu reproduire les termes « sans inquiétation » de l'art. 113 de l'ancienne Coutume de Paris et se refusent à croire que les violences émanées des tiers contre celui qui prescrit vicient sa possession. Comment comprendre, disent-ils, que la privation de jouissance pendant moins d'un an n'empêchant pas la prescription, des actes de violence qui n'entraînent pas la dépossession aient ce pouvoir? Pour qu'il y ait possession non paisible, il faut donc des actes de violence émanés du possesseur lui-même et non des tiers contre lui.

Les partisans de la seconde opinion, parmi lesquels se trouvent Troplong et Laurent, affirment à l'inverse, que, pour qu'il y ait possession paisible, l'auteur des faits de jouissance ne doit pas avoir été troublé par les entreprises des tiers (2).

Si l'on admettait le premier système, pensent ces auteurs, l'art. 2233 serait sans objet; il ferait double emploi avec l'art. 2229, ce que n'a pas pu vouloir le législateur. En réalité l'art. 2233, signifie que la possession fondée sur la violence est impuissante à mener à la prescription et l'art. 2229, que la possession paisible est celle qui n'a pas été troublée ni inquiétée par les entreprises des tiers pendant tout le cours de la jouissance. Et cela se conçoit, dit-on, très bien car il n'est pas possible d'assimiler à l'exer-

(1) Demante et Colmet de Santerre, tome VIII, n° 336 *bis*, VI, p. 435; — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, n° 253, p. 149.

(2) Troplong, *De la Prescription*, I, n° 350, p. 521; — Laurent, XXXII, n° 280, pp. 290 et suiv. — La jurisprudence paraît également se ranger à cette opinion : Riom, 23 décembre 1854. D. 55. 2. 134; — Cassat., 10 mai 1865. D. 65. 1. 412.

cice d'un droit une possession sans cesse contestée.

Par suite, pour mener à la prescription d'une servitude il faut une jouissance qui n'ait point son origine dans des actes de violence émanés de celui qui veut s'en prévaloir; cela résulte de l'art. 2233. Mais il faut de plus, pour répondre aux exigences de l'art. 2229, que le possesseur ait été considéré comme un véritable propriétaire par les tiers qui l'ont laissé jouir en paix et sans contestation. Cette théorie qui, pour justifier le législateur d'avoir écrit un texte inutile, paraît à première vue se montrer d'une exigence excessive se comprend cependant très bien à la réflexion.

Les partisans de ce système ne prétendent pas que, par cela seul que le possesseur sera inquiété par les tiers, il n'y aura plus de possession paisible. Ils disent seulement que dans ce cas il doit recourir à la justice, non à la force, et qu'il ne doit pas repousser la violence par la violence. S'il agit ainsi, dit-on à bon droit, c'est que sa jouissance est dépourvue de tout fondement juridique et il ne faut pas qu'elle puisse mener à la prescription (1).

De l'art. 2233 *in fine*, il résulte que la possession devient utile dès que cesse la violence. Dès lors il n'y a pas de discussion possible à ce sujet et il est seulement permis de constater que la doctrine contraire admise à Rome était peut-être préférable.

Quant à décider si le vice résultant de la violence est relatif ou absolu nous admettrons avec Troplong qu'il est

(1) Citons aussi l'opinion que Pardessus professe sur ce point particulier. Cet auteur pense que la possession paisible est celle qui est continue et n'a pas été interrompue. Cette doctrine contient une part de vérité, cependant est ce que la possession discontinue ne peut pas être paisible ! Pardessus, *Servitudes*, tome II, n° 189, p. 92, *in fine*.

relatif et que par conséquent il peut seulement être opposé par la victime de la violence (1).

Laurent est cependant d'avis contraire pour ce motif que, selon lui, la violence exclut le droit (2).

Abordons maintenant le caractère de publicité, seconde condition ayant trait à l'extériorité de la possession.

Une jouissance dépourvue de cette qualité ne saurait conférer aucun droit. On dit qu'elle est clandestine.

Il y a par exemple possession clandestine quand celui qui a droit à une fenêtre à verre dormant la construit à verre mobile, mais sans l'ouvrir habituellement (3). Au bout de trente ans ce possesseur n'aura point acquis le droit de garder la fenêtre telle qu'il l'a établie, sa possession manque de publicité. La possession peut au contraire mener à la prescription lorsque, suivant les termes de la Coutume de Melun, elle a été exercée « au vu et au su de tous ceux qui l'ont voulu savoir et voir ». On pourrait se demander si cette règle, très importante en ce qui concerne l'acquisition de la propriété, n'est pas sans intérêt en ce qui concerne les servitudes pour lesquelles l'apparence est d'autre part exigée. Il est facile de répondre que l'apparence n'implique pas forcément la publicité et

(1) Voici les raisons qu'en donne Troplong, *De la Prescription*, I, 370. p. 543, *in fine*. « Supposons, dit cet auteur, que ma possession soit violente à l'égard de Pierre que j'ai expulsé par la force et qui m'a laissé jouir. Si vous vous présentez plus tard pour revendiquer l'immeuble et que je vous oppose la prescription, vous ne serez pas fondé à m'objecter que je suis entré en possession, par violence, car celui qui a été l'objet de mes voies de fait n'a rien de commun avec vous, c'est un tiers dont vous ne devez pas invoquer le droit. Peut-être n'était-il qu'un brigand audacieux que j'ai bien fait de châtier pour sa témérité. Après tout, que vous importe ! Non elle a été paisible, je me suis présenté à vous comme propriétaire, vous m'avez laissé posséder comme tel ; vos reproches ne sauraient m'atteindre. »

(2) Laurent, XXXII, n° 285, p. 297.

(3) C'est du moins l'exemple qu'en donne Pardessus, dans son *Traité des servitudes*, tome II, n° 280, p. 100.

de même qu'il faut à la servitude continue une possession continue, de même il faut à l'apparence joindre une possession publique. N'est-il pas en effet possible de cacher sa jouissance même lorsqu'il s'agit d'un droit apparent, comme encore il est possible d'exercer au grand jour certaines servitudes non apparentes telles que celles de pacage ou de passage par exemple.

Concluons que, même avec l'apparence, il faut une publicité bien établie. Cependant, comme nous l'avons déjà dit, mais nous y revenons parce que c'est un point important, il n'est pas nécessaire que la jouissance soit connue en fait de celui contre lequel on va l'invoquer. Le juge n'a point à se poser cette question si le possesseur a agi au grand jour comme l'aurait fait un véritable propriétaire (1).

Le vice résultant de la clandestinité est-il absolu ou relatif?

Beaucoup d'auteurs pensent que c'est là un vice relatif et ils jugent suffisante la jouissance connue seulement du maître de la chose (2). L'opinion de Laurent nous semble au contraire préférable et plus conforme aux désirs de notre législateur. Aussi croyons-nous que la clandestinité est un vice absolu pour cette raison que le terme possession publique veut dire possession connue du public (3).

(1) « Les personnes intéressées, dit Dunod, sont présumées avoir su ce qu'elles ont vraisemblablement pu savoir, il faut s'informer de ce à quoi l'on a intérêt. Si on ne l'a pas su on a dû le savoir quand l'acte est public, ce qui produit le même effet que si l'on en avait été informé parce que on ne l'ignore que par une faute grossière. » Sous l'empire de notre législation actuelle la règle n'a point changé,

(2) Belime, *Traité de la possession*, n° 51 ; — Aubry et Rau, tome II, § 180, texte et note 22, p. 97 ; — Troplong, *Prescription*, I, n° 370, p. 345, est si hésitant qu'on ne sait trop à quelle opinion il se range. Il paraît admettre cependant une opinion mixte en laissant au juge le pouvoir d'apprécier, suivant les cas, ce qui lui attire le reproche de Laurent, « d'introduire l'équité là où doit régner le droit dans sa rigueur ». Laurent, XXXII, n° 289, pp. 300, 301.

(3) Laurent, XXXII, n° 289, pp. 300, 301.

Il est trop clair également que la possession doit être publique pendant tout le cours de sa durée; les lois romaines, qu'invoquait jadis Dunod (1) à l'appui de l'opinion contraire, n'ont plus aucune autorité en la matière.

Nous venons de voir que la possession doit être paisible et publique, il faut encore qu'elle soit non équivoque. Si tout le monde s'entend sur la nécessité de cette condition en revanche on est loin d'être d'accord sur le sens à lui assigner.

Nombre d'auteurs, parmi lesquels MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, pensent que par là l'art. 2229 n'entend point exiger une condition nouvelle. A leur avis la possession non équivoque est une possession suffisamment continue, paisible, etc... C'est dans un but unique de précision que la loi a ajouté cette expression de « non équivoque » (2).

Il nous est impossible de nous ranger à cette opinion parce qu'il ne nous paraît pas vraisemblable qu'il n'y ait dans ces termes de « possession non équivoque » qu'un simple résumé de toutes les autres conditions exigées par l'art. 2229. Si le législateur avait eu cette intention, c'est à la fin du texte qu'il aurait alors mentionné cette condition et non, comme il l'a fait, entre le mot « publique » et l'expression « à titre de propriétaire ».

N'est-il pas étrange de penser qu'on a précisé une condition avant de l'avoir fait connaître (3)?

Est-ce à dire que, ce système rejeté, il nous sera facile de

(1) Dunod, *Des prescriptions*, part. I, ch. VI, p. 31.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 287, p. 169.

(3) Laurent, XXXII, n° 293, p. 306. « Nous remarquerons que la loi place le caractère de possession non équivoque sur la même ligne que les autres, donc elle le considère comme un caractère distinct qui ne se confond pas avec les autres. Si on l'interprète comme font les auteurs, la disposition est inutile, car il allait sans dire que, quand il y a doute sur l'existence de ces caractères, la possession n'est plus publique, ni paisible, ni continue. »

déterminer le sens précis de ces mots « possession non équivoque »?

Assurément non. Définir la possession équivoque est chose trop difficile pour que nous tentions de le faire. Nous nous contenterons seulement de donner quelques exemples et de citer quelques arrêts de nature à mettre en relief la pensée probable du législateur et son interprétation par la jurisprudence.

Il y a possession équivoque toutes les fois que les intentions du possesseur sont douteuses pour les tiers ou toutes les fois encore qu'on ne sait pas si la jouissance alléguée est ou non la manifestation d'un droit (1).

C'est d'ailleurs ainsi que la jurisprudence comprend cette expression de possession non équivoque.

Celui qui par exemple aurait déposé du bois, de la paille ou du fumier dans la cour de son voisin n'acquerrait de ce chef aucune servitude. Cette jouissance est équivoque, elle ne manifeste pas d'une façon suffisante les intentions de son auteur. Il en serait de même de certains faits de puisage et de passage (2).

Il y a encore possession équivoque si un particulier ouvre une croisée sur le terrain d'autrui croyant à tort que ce terrain est public. Dans ce cas, il n'y a pas non

(1) « Pour avoir une possession non équivoque, l'*animus domini* ne suffit pas, il faut que les actes de jouissance soient si éclatants que personne ne puisse se tromper sur l'*intention de celui qui les accomplit*. » Belime, *Traité de la possession*, n° 54, p. 47. La possession équivoque est celle qui présente des doutes, dit encore Pardessus, « soit sur sa nature, soit sur les effets qu'entend y attacher celui qui l'exerce ». Chaque fois qu'il y a incertitude cela doit militer en faveur de la liberté des héritages. — Pardessus, tome II, n° 281, p. 101.

(2) Aubry et Rau, tome II, § 217, p. 374; — Cass., 25 janvier 1842. S. 42. 1. 972; 25 mai 1855. S. 56. 1. 401; — Besançon, 14 novembre 1844. S. 45. 2. 645.

plus de prescription possible, car le maître de la maison croyait faire une chose permise (1).

On pourrait multiplier les exemples. Duranton nous en fournit un que nous ne saurions passer sous silence (2).

Un fermier est propriétaire d'un champ situé à côté d'un autre qu'il afferme. Sur ce dernier fonds jaillit une source. Le fermier y fait des travaux apparents destinés à conduire l'eau de cet héritage sur le sien pour le fertiliser. Cet état de chose dure trente ans. Malgré cela, dit Duranton, aucun droit ne sera acquis parce que la possession est équivoque.

A-t-on agi comme fermier ou comme propriétaire du fonds inférieur? Il y a doute. Le silence du maître de l'héritage qu'on veut asservir se comprend facilement, comment aurait-il pu pénétrer les intentions de son fermier? On peut dire la même chose d'un maire qui agirait de la sorte sur un terrain faisant partie du domaine privé de la commune. Il possède une double qualité : il est propriétaire et administrateur. Il est toujours difficile et souvent impossible de savoir dans quel intérêt il a agi. C'est là ce qui constitue l'équivoque (3). Les exemples et les

(1) Pardessus, *Servitudes*, II, n° 281, p. 102.

(2) Duranton, V, n° 586, p. 595 ; — Demolombe, *Servitudes*, tome II, n° 774, p. 286, reproduit l'exemple choisi par Duranton et se range également à l'opinion de cet auteur.

(3) Cass., 3 août 1857. D. 59. 1. 211. — Belime, *Traité de la possession*, n° 54 et s., p. 47, donne encore comme exemple de possession équivoque le cas où un individu mène paître son troupeau sur un terrain vague ou y coupe des joncs. Agit-il à titre de propriétaire ou commet-il un délit ?

Il y a encore possession équivoque si deux individus ayant le même fermier ce dernier creuse des rigoles et établit des aqueducs pour conduire l'eau d'un héritage sur l'autre.

D'un arrêt de Cassat., du 6 juillet 1892. D. 92. 1. 488, il résulte que la Cour d'Angers, souveraine pour apprécier la question de fait, a jugé que la levée de terre faite non en entier par le propriétaire du fonds inférieur, mais résultant pour partie de l'amoncellement des curages d'un ruisseau dont le dit propriétaire avait intérêt à entretenir le lit pour assurer le passage d'eaux lui appartenant en propre, présentait un caractère équivoque. Cet

arrêts cités nous montrent suffisamment qu'une servitude continue et apparente n'est pas forcément non équivoque. Il en résulte que c'est à juste titre que les tribunaux exigent dans notre hypothèse que la jouissance présente ce caractère de certitude manifeste.

Ayant étudié les qualités que doit présenter la possession dans sa durée et dans ses caractères extérieurs, il nous reste à parler, pour terminer l'explication de l'art. 2229, de la précarité, vice qui a trait à l'origine de la possion, à son fondement même.

§ 3. — *De la possession à titre de propriétaire.*

La possession qui ne présente point cette qualité est appelée précaire.

Comme l'ont fait remarquer MM. Aubry et Rau le terme précaire a conservé en l'hypothèse spéciale de la quasi-possession des servitudes le sens qu'on lui donnait à Rome (1).

Celui dont la jouissance est entachée de ce vice n'a qu'une concession bénévole et toujours révocable au gré du propriétaire. Cette possession d'ailleurs est efficace vis-à-vis de tous, elle n'est sans effet qu'à l'égard de celui qui l'a concédée (2).

individu pouvait bien, en effet, avoir agi pour prescrire les eaux du fonds supérieur, toutefois il y avait doute et le motif qui l'avait guidé était peut-être d'assurer un libre cours aux eaux qu'il possédait déjà.

Un arrêt de Cassat. du 24 janvier 1893. D. 93. 1. 166, décide encore qu'une ouverture uniquement destinée à éclairer un escalier ne pouvait suffire à faire prescrire une servitude de vue bien qu'elle fût mobile, si en fait on ne l'ouvrait pas. Il y a là, dit la Cour de cassation, une possession équivoque.

(1) Aubry et Rau, II, § 180, p. 95.

(2) Cass., 6 mars 1855. S. 55. 1. 507. — MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier semblent cependant être d'avis contraire. *Prescription*, n° 269, p. 158, n° 284, pp. 166, 167.

La disposition de l'art. 2229 se complète en outre par l'art. 2232, lequel déclare impuissants à donner naissance à la prescription les actes de pure faculté et de simple tolérance.

En matière de quasi-possession des servitudes, la possession précaire et celle exercée à titre de simple tolérance se confondent et c'est inutilement compliquer les choses que de tenter une distinction. On a au contraire soigneusement distingué les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance. Les premiers résultent de l'exercice d'une faculté laissée par la loi. Le voisin est libre d'agir ou de ne pas agir, le résultat sera le même. Le propriétaire d'un mur qui touche l'héritage d'autrui par exemple peut y pratiquer des jours de tolérance, c'est un droit que lui accorde l'article 676 du Code civil et le maître du fonds sur lequel donnent les jours essayerait vainement de s'y opposer (1).

Il pourra cependant construire ou planter à l'extrême limite de sa propriété, acheter même la mitoyenneté du mur et forcer ainsi son copropriétaire à obstruer les ouvertures pratiquées, eussent-elles cent ans d'existence.

L'art. 657 nous fournit encore un exemple d'acte de pure faculté, c'est lorsque le copropriétaire d'un mur mitoyen y a placé une poutre occupant l'épaisseur du mur à cinquante-quatre millimètres près, suivant les termes mêmes du Code. Dans ce cas également, quelque possession qu'on allègue, aucun droit n'est acquis et l'autre copropriétaire pourra toujours faire réduire la poutre dans la mesure où le prescrit l'art. 657.

Supposons également qu'une source née sur un fonds coule ensuite sur l'héritage inférieur. Depuis plus de trente

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 275, p. 161, n° 282, p. 165.

ans le maître de ce dernier fonds utilise l'eau sans avoir fait sur l'autre de travaux apparents. C'est un acte de pure faculté, il ne prescrira rien, et le propriétaire des eaux de la source verra si peu son droit diminuer qu'il pourra détourner le cours de l'eau et s'en servir à son gré.

Dans tous ces cas, il n'y a pas d'empiétement sur le droit d'autrui, il ne peut donc pas y avoir de prescription.

Sachant ce qu'il faut entendre par actes de pure faculté, voyons maintenant ce que signifient les mots actes de simple tolérance. La jouissance repose sur la tolérance du voisin, toutes les fois que le dommage qui résulte pour lui de cette possession est nul ou peu appréciable.

Dans l'acte de pure faculté n'apparaît pas l'élément dommageable, chacun ne fait qu'user de son droit ; dans les actes déclarés suffisants pour prescrire, il y a un préjudice sérieux qu'on présume n'avoir pas dû être toléré par le propriétaire, il en est ainsi pour l'exercice par exemple de toutes les servitudes continues et apparentes.

Au cas qui nous occupe au contraire il y a bien un dommage, à la rigueur le propriétaire aurait pu empêcher les actes de jouissance de se produire, seulement le dommage est si peu sensible qu'on comprend son inaction et que son silence s'explique par le désir de ne pas troubler les bonnes relations qu'il veut avoir avec ses voisins.

On a donc pour ces motifs déclaré une pareille possession destituée de tout pouvoir à l'effet d'établir les servitudes. Une présomption de précarité et de simple tolérance règne, nous le savons, à l'égard de toutes celles qui ne sont point à la fois continues et apparentes.

Elle n'est pas susceptible de preuve contraire et on voudrait inutilement prouver, lorsqu'il s'agit de pareils droits,

que le propriétaire contre lequel a lieu l'empiétement n'a point agi par tolérance.

Une présomption de non-précarité règne à l'inverse en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes (1). Mais là encore le législateur, craignant les surprises, a décidé que cette présomption ne devait pas être infaillible et qu'en cette hypothèse le juge pouvait examiner si la jouissance n'était point en fait précaire et de simple tolérance.

Dans un but d'équité facile à comprendre et à justifier, les magistrats ont largement usé de ce pouvoir.

Ainsi a-t-on décidé que les eaux pluviales n'appartenant à personne le maître du fonds supérieur avait toujours le droit de se les approprier nonobstant l'existence de travaux apparents établis par le propriétaire du fonds inférieur. On a considéré la possession de ce dernier comme étant de simple tolérance et entachée de précarité (2).

Il en serait de même pour des espaliers fixés le long d'un mur non mitoyen. Il y a bien là une servitude continue et apparente, toutefois, elle est si peu dommageable qu'il est naturel de penser qu'elle a son origine dans la tolérance du voisin.

Il y aurait peut-être en outre une autre raison de déclarer ce droit imprescriptible, c'est que la plupart du temps il ne donnera lieu qu'à une possession clandestine. On pourrait en dire autant des fenêtres ouvertes à une distance moindre que celle exigée par la loi lorsqu'elles donnent sur un mur plein ou sur le toit d'une maison. Là encore, la possession sera souvent clandestine et la jurisprudence la déclare toujours précaire et née de la simple tolérance

(1) Cela résulte de l'art. 2230.
(2) Cassat., 13 janvier 1891. D. 91. 1. 148.

du maître de l'édifice. Dans tous les cas ce dernier n'aura pas à en tenir compte et il pourra, s'il le juge à propos, exhausser sa maison et à cet effet acquérir la mitoyenneté du mur (1).

Terminons cette section (2) par l'étude de deux questions importantes : demandons-nous d'abord quelle est la valeur d'une reconnaissance de précarité émanant du maître du fonds dominant et ensuite s'il est possible de purger le vice dont il s'agit par une interversion de possession.

Le propriétaire d'une maison a, nous le supposons, ouvert des fenêtres sur l'héritage du voisin. En vertu de l'art. 678, ce dernier aurait le droit d'exiger qu'on les fasse disparaître parce qu'elles sont à une distance moindre que celle fixée par la loi.

Dans le but cependant de se montrer agréable, il consent à ne pas user de tout son droit et se contente d'un acte écrit où le maître de la maison reconnaît que sa possession est précaire et de simple tolérance.

Quels seront les effets de cet aveu? N'aura-t-il aucune valeur ou bien dans quelle mesure garantira-t-il les droits de celui qui s'est montré tolérant?

Personne ne soutient que cette reconnaissance doive

(1) Rennes, 31 décembre 1880. S. 81. 2. 106. Dans un arrêt du 6 avril 1841 (S. 41. 1. 414), la Cour de cassation décida également que le fait de faire soutenir sa barrière par l'arbre d'autrui ne conseituait qu'une possession basée sur la tolérance du propriétaire de l'arbre et impuissante à mener à la prescription. Dans son rapport, M. le conseiller Mestadier conclut cependant qu'il y a bien là tous les éléments nécessaires à l'existence d'une servitude. Il y avait également continuité et apparence; toutefois le préjudice était nul et c'était juger sagement et équitablement que de déclarer inutile une semblable jouissance.

(2) Avant d'abandonner la matière qui a trait aux caractères de la possession, citons l'opinion professée par Belime dans son *Traité de la possession*, page 85, n° 73. Cet auteur veut une jouissance qui ne tire point son origine d'un délit punissable correctionnellement, si, dit-il, par exemple sans autorisation administrative, on a établi un barrage sur un cours d'eau pour faire fonctionner une usine, il y a là une possession délictueuse qui ne peut mener à la prescription.

être destituée de tout pouvoir (1), mais aux yeux de quelques-uns elle aurait seulement pour effet d'interrompre le cours de la prescription et servirait de point de départ à un nouveau délai de trente ans après lequel le droit serait définitivement acquis (2). Pour empêcher ce résultat de se produire, il faudrait un renouvellement de l'acte, sans cela le vice de précarité se trouverait purgé. On invoque les termes mêmes de l'art. 2248 et surtout ceux de l'art. 2220, défendant de renoncer par avance au bénéfice de la prescription. Cette prohibition, dit-on, est d'ordre public, et permettre à la reconnaissance dont il s'agit autre chose que d'interrompre la prescription, c'est aller à l'encontre des dispositions de ce texte.

Quant à l'art. 2232, il s'applique seulement aux actes ayant par eux-mêmes le caractère de simple tolérance et de précarité, tels que ceux de passage, de puisage et autres. Enfin, ajoute-t-on, la prescriptibilité des servitudes continues et apparentes est d'ordre public comme la prohibition de l'art. 2220. Le législateur n'a pas voulu faire revivre les anciens inconvénients qu'avait fait naître la règle « nulle servitude sans titre »; il faut donc se garder d'y arriver par un moyen détourné, par exemple par la reconnaissance de précarité.

Il semble cependant, malgré ces arguments, que la vérité ne se trouve point dans cette opinion et il est à notre avis plus juste, plus conforme au but que se proposaient les auteurs de notre Code de laisser à l'aveu fait par le voisin un pouvoir plus étendu.

(1) L'art. 2248 dit en effet expressément que « la prescription est interrompue par la reconnaissance que le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait ».

(2) Mourlon, *De la prescription*, p. 13, cité par Demolombe, n° 799 *ter*-p. 263, *Traité des servitudes*, tome II.

Il importe d'abord de bien préciser et il ne faudrait pas dire que désormais il n'y aura plus de prescription possible. Certainement non, l'acte écrit qui vicie la possession et la rend inutile ne pourra pas dans tous les cas être opposé au prétendant à la servitude. Il peut se faire en effet que l'héritage qui aurait été l'héritage dominant se trouve encore la propriété de l'auteur de l'aveu de précarité ou de ses ayants cause à titre universel. Dans ces deux hypothèses, nous admettons que leur possession sera toujours nulle et impuissante, que, même après plus de trente ans de date, la reconnaissance pourra leur être à tous opposée.

Si au contraire l'héritage a été transmis à des ayants cause à titre particulier, il faut distinguer.

Le possesseur actuel a-t-il par lui-même une possession suffisante pour prescrire, on ne peut pas alors lui opposer la reconnaissance de précarité. Il a commencé une jouissance exempte de vices, il serait injuste de la rendre inutile par un aveu qui lui est étranger. Si, au contraire, cet ayant cause à titre particulier est obligé pour prescrire de joindre à sa possession celle de son auteur, l'aveu recouvrera son pouvoir et nous déclarerons la jouissance inutile, ou tout au moins de durée insuffisante, pour ce motif qu'à sa possession à titre de propriétaire il ne peut pas joindre une possession reconnue précaire et de simple tolérance par celui dont il tient ses droits.

Examinons, en tâchant de les apprécier à leur juste valeur, les arguments qu'on a fournis contre ce système.

L'art. 2248 dit bien que la prescription est interrompue par la reconnaissance de précarité, mais comme elle ne spécifie point les caractères ni la durée de cette interruption, la question reste entière.

Quant à dire que notre opinion va à l'encontre de l'art. 2220, un mot suffit pour y répondre. En reconnaissant le vice de sa jouissance, l'auteur de l'aveu ne renonce nullement d'avance à la prescription, il caractérise seulement sa possession et précise, pour qu'il n'y ait point d'équivoque, qu'il n'exerce pas un droit, mais profite de la tolérance.

Il renonce si peu au bénéfice de la jouissance trentenaire que nous admettons parfaitement qu'il puisse l'invoquer si le vice de précarité vient à cesser (1). A partir du jour où il agirait à titre de maître, un nouveau délai commencerait, et à l'expiration de sa durée la servitude serait acquise.

De plus en vertu de quel principe veut-on écarter l'art. 2232 de notre hypothèse? Nous cherchons vainement une raison, un texte qui puisse justifier cette prétention, et il nous semble que chaque fois que nous nous trouverons en présence d'un acte de simple tolérance, quelle qu'en soit la nature ou la cause, il faudra lui appliquer l'art. 2232 (2).

Le dernier argument de nos adversaires consiste à dire que la prescription des servitudes continues et apparentes est d'ordre public et que le législateur a surtout voulu éviter les inconvénients de l'imprescriptibilité.

(1) Cette interversion peut se produire et notamment au cas où celui qui agit par tolérance notifie au voisin son intention de posséder désormais à titre de maître de la chose. Si celui auquel est faite une pareille notification ne proteste point soit en exigeant la démolition des travaux, soit en interdisant la jouissance, la possession mènera certainement à la prescription du droit en question. La preuve qu'on n'agit plus à titre de simple tolérance pourrait également à notre avis résulter des circonstances de faits, mais il faudrait qu'il ne puisse pas y avoir de doute.

(2) Il n'est pas juste de dire que la possession de tel ou tel droit soit en soi et forcément à titre de maître. La convention des parties peut bien donner le caractère d'acte de simple tolérance à des faits qui, indépendamment de toute entente à ce sujet, devraient, en raison du préjudice qu'ils causent, être considérés comme résultant d'un droit dont on ne peut plus faire la preuve.

Tel n'est point notre avis, et nous croyons que le législateur a été bien plus touché par le désir de maintenir le respect dû au droit de propriété. Il suffit pour s'en convaincre de voir avec quelle timidité les auteurs de notre Code ont admis la prescription en notre matière.

Nous n'insisterons pas sur ce point, qui ne nous paraît pas contestable.

Il est du reste facile de réfuter l'objection qui consiste à dire que la possession d'une servitude continue et apparente doit toujours être à titre de maître et jugée comme telle suffisante pour conduire à la prescription. En effet, nous voyons les magistrats, sans autre preuve que des constatations de fait, déclarer que telle servitude continue et apparente est basée sur la tolérance du voisin, pourquoi leur refuserions-nous ce pouvoir au cas où il y a un aveu formel du possesseur? Y aurait-il cent ans de jouissance, le vice de précarité ne peut pas se purger sans interversion de titre et la possession doit être inutile à l'effet de prescrire en tenant compte toutefois de l'atténuation qu'il y a lieu d'apporter s'il s'agit d'un successeur à titre particulier (1).

Nous arrivons ainsi à la seconde question que nous nous proposons d'étudier : le vice de précarité peut-il disparaître par suite de contradiction et de notifications adressées à celui contre lequel on veut prescrire?

Il faut d'abord mettre de côté l'hypothèse où l'interversion réside dans le fait d'un tiers. Comme nous verrons en effet dans la deuxième section de ce chapitre, le vice de

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 779 *ter*, pp. 261 et s. — Aubry et Rau, tome III, § 251, page 81 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1100, pp. 800 *in fine* et 801 ; — Cass., 14 novembre 1853. D. 54. 1. 154.

précarité n'est point purgé par un titre émanant d'un non-propriétaire (1).

Il est bien évident encore que, s'il s'agit de servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, leur possession, même précédée de contradiction et de signification au propriétaire contre lequel on veut prescrire, serait également privée de tout pouvoir à l'effet de constituer le droit réel dont il s'agit.

On a cependant contesté ce point (2) en disant que le propriétaire qui a gardé le silence n'a plus d'excuse. Peut-être y aurait-il de bonnes raisons pour permettre la prescription; dans ce cas, nous le croyons même; cependant le législateur s'est plutôt laissé toucher par les inconvénients. A quelles obligations va-t-on, en effet, soumettre les particuliers si on les oblige à répondre d'une façon officielle et non douteuse à tous les défis qui pourront leur être portés ?

C'est dans ce but sans doute que les auteurs de notre Code ont établi à l'égard des servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes une présomption de précarité qui n'est point susceptible d'être combattue.

Le texte est formel et quelque opinion qu'on puisse avoir sur son opportunité, il n'est point permis de passer outre.

Ces hypothèses écartées, nous admettrons au contraire que, s'il s'agissait d'un droit prescriptible possédé par simple tolérance, la contradiction formelle émanée du possesseur aurait le pouvoir de rendre sa jouissance utile. Il importerait du reste peu que la contradiction fût expresse

(1) Aubry et Rau, tome II, § 180, note 17, page 96 ; — Pardessus, *Traité des servitudes*, tome II, n° 275, pp. 85 et s.
(2) Troplong, *Prescription*, n° 393, p. 564.

ou résultât de l'existence de travaux apparents, d'où ressortirait une contradiction non douteuse.

Nous en avons ainsi fini avec les conditions que doit présenter la possession à l'effet de prescrire et nous allons de suite aborder l'étude de notre Section II.

SECTION II

Du délai requis pour prescrire les servitudes continues et apparentes

Il nous faut préciser dans cette section, pendant quel laps de temps la possession doit se prolonger pour faire acquérir la servitude et si le délai admis par notre Code est variable ou au contraire uniforme.

L'art. 690 est très précis et très catégorique, il exige un délai de trente ans, lequel court à partir du moment où une servitude continue et apparente est exercée d'une façon conforme aux désirs du législateur.

Quelques points délicats se présentent à ce sujet dans la pratique. C'est ainsi que, pour les arbres de haute tige plantés dans une haie à une distance prohibée, le délai ne partira que du jour où ces arbres auront dépassé la hauteur de la haie, car c'est à ce moment seul que l'intention du propriétaire des arbres est bien manifeste.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur le principe.

La controverse est née de ce que certains interprètes ont voulu restreindre le champ d'application de l'art. 690. Ce texte, dit-on, prévoit deux hypothèses, celle où il y a un titre valable et où la servitude est de suite et par le seul effet de l'accord des parties valablement constituée; celle encore où il n'y a pas de titre et où la possession trente-

naire est déclarée suffisante pour la constitution du droit. Seulement reste un troisième cas possible, c'est lorsque la jouissance tire son origine d'un titre émané *à non domino*. Il n'est pas suffisant à constituer de lui-même et à lui seul la servitude, pourtant ne faut-il pas ici, dit-on, tenir compte de la bonne foi ?

Il s'agit donc de savoir si la prescription de dix à vingt ans est applicable aux servitudes. La question du reste s'est également posée pour les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, et nous allons examiner successivement les deux hypothèses dans deux paragraphes distincts.

Puis enfin, dans un troisième et dernier paragraphe, nous dirons un mot de la suspension de la prescription qui peut aussi modifier le délai dans une certaine mesure.

§ 1er. — *Les servitudes continues et apparentes peuvent-elles s'acquérir par dix à vingt ans, avec juste titre et bonne foi ?*

Voici ce que disent les auteurs partisans de l'affirmative (1).

Les servitudes sont des immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent, ce sont les termes mêmes de l'art. 526 du Code civ., et personne ne le conteste. Or, nous dit l'art. 2265, celui qui acquiert un immeuble avec juste titre et bonne foi en prescrit la propriété par dix à vingt ans. Donc celui qui acquiert une servitude réelle continue et apparente, dont l'art. 690 permet la prescription, doit également, s'il a juste titre et bonne foi, en devenir propriétaire par dix à vingt ans.

(1) Troplong, *Prescription*, II, 856, p. 429; — Duranton, V, n° 593, p. 603; — Delvincourt, tome I, note 5, p. 164, p. 571.

Cette règle est admise pour l'usufruit placé comme les servitudes parmi les immeubles par l'objet auquel il s'applique, ceci est une nouvelle raison d'admettre en notre matière la prescription abrégée.

Dans un arrêt du 10 décembre 1814, disent toujours les défenseurs de la première doctrine, la Cour de cassation n'admet pas d'autre délai que celui de trente ans.

C'est violer ouvertement la loi et s'écarter de son esprit en changeant en une disposition limitative la formule purement énonciative de l'art. 690 et en transportant dans ce texte la formule restrictive de l'art. 691.

Il ne serait pas juste non plus de penser avec la Cour de cassation que l'art. 2264 prohibe l'application en notre hypothèse de l'art. 2265 pour ce motif que la prescription des servitudes est régie par des textes spéciaux dont il faut seul tenir compte.

On arriverait ainsi à des conséquences inacceptables que n'a pas pu vouloir le législateur.

L'honnête homme et le spoliateur seraient traités de la même façon et vous détruiriez le principe qui peut le plus peut le moins, puisque vous permettriez d'acquérir la propriété pleine et entière, là où vous ne laisseriez pas acquérir un démembrement de cette propriété.

Il faut donc appliquer ici l'art. 2265, dont le but est de favoriser la bonne foi des acquéreurs, d'abréger l'incertitude du droit acquis et de le consolider à plus bref délai. Cet homme se croyant, à bon droit, légitime propriétaire de la servitude, a pu faire sur le fonds des travaux coûteux, établir par exemple un aqueduc; il ne faut pas l'exposer si longtemps à se voir évincer. Le délai de l'art. 2265 suffira bien au propriétaire du fonds, en voie de devenir le fonds servant, pour se rendre compte de l'usurpation

inconsciemment commise par le possesseur de bonne foi.

Ne parlez pas non plus pour ce dernier du recours contre le vendeur. Trop souvent, hélas ! il est illusoire. Pour s'en convaincre, il suffit d'interroger la pratique. Même sous l'empire des Coutumes où régnait la maxime « nulle servitude sans titre », on admettait cette prescription de courte durée. Comment expliquer que notre législateur, se montrant beaucoup moins exigeant que celui des pays de Coutume sur le principe, ait fait sur ce point particulier preuve d'une sévérité plus grande?

Cette argumentation n'a point séduit la majorité des auteurs, ni la jurisprudence qui soutiennent au contraire que, dans aucun cas, les servitudes continues et apparentes ne peuvent se prescrire par moins de trente ans (1).

Voici du reste les raisons qu'on invoque à l'appui de cette deuxième opinion.

Au chapitre v du titre « De la prescription », sous la rubrique « Du temps requis pour prescrire », se trouve l'art. 2264 ainsi conçu : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés au présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. »

L'art. 690 est précisément une disposition spéciale au titre des servitudes, il exige toujours, lorsqu'il n'y a pas de titre, une possession de trente ans et le législateur a certainement voulu assimiler le cas où il n'y a pas de titre à celui où il y en a un, mais émané *a non domino*. Toutes les fois qu'on aura besoin de la possession, qu'il n'y

(1) Pardessus, *Traité des servitudes*, tome II, n° 268, page 52 ; — Aubry et Rau, tome III, § 251, p. 77, note 1 ; — Domolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 781, pp. 269 et suiv. ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1113, pp. 811 et 812. — La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens; on pourrait citer nombre d'arrêts, nous nous contenterons d'indiquer le plus récent. Cass., 23 novembre 1875. S. 76. 1. 103.

aura pas d'acte constitutif ou qu'il sera insuffisant par lui-même pour établir la servitude, il faudra invariablement exiger une jouissance de trente ans.

Si le législateur des pays coutumiers avait admis la prescription de dix à vingt ans en cette matière, c'était pour tempérer la règle trop absolue de l'imprescriptibilité. Les auteurs de notre Code, qui n'admirent point la présomption de précarité à l'égard de toutes les servitudes, n'eurent pas besoin de l'atténuation admise par notre ancien droit coutumier dont ils n'ont du reste pas suivi les traditions.

Par une disposition spéciale, on a voulu tarir la source des innombrables difficultés nées des dispositions multiples en honneur dans l'ancienne France.

Un délai unique a été fixé pour que le propriétaire contre lequel on veut prescrire ne soit jamais surpris. Dire que le législateur permettant toujours de prescrire la propriété d'un fonds de terre par dix ou vingt ans devrait *a fortiori* permettre par le même délai l'acquisition d'un démembrement de la propriété n'est pas non plus un raisonnement exempt de reproches.

Sans doute, toutes choses égales d'ailleurs, qui peut le plus peut le moins et si la possession d'une servitude offrait les mêmes éléments de publicité et de certitude que celle de la pleine propriété, la remarque serait juste et décisive. Toutefois il n'en est pas ainsi. Combien il est facile d'ignorer l'existence d'une servitude même continue et apparente, combien au contraire il est difficile de ne pas s'apercevoir qu'un tiers laboure votre fonds depuis trente ans, le cultive, l'ensemence et en récolte les fruits?

Si vous êtes éloigné, si vous ne cultivez pas votre champ vous-même, il pourra très bien se faire que le voi-

sin établisse un aqueduc sur votre terrain et que vous ne le sachiez pas, pour ce motif qu'on ne vous a point prévenu.

S'agit-il au contraire de la propriété même du sol, il est bien invraisemblable que vous n'ayez pas eu connaissance de l'usurpation, car le dommage qui va en résulter est autrement sensible pour vous si vous cultivez vous-même le fonds de terre, pour votre fermier dans l'hypothèse inverse. Ce dernier ne vous paiera point de loyer sans jouir, aussi vous préviendra-t-il et pourrez-vous défendre vos droits.

Pour ces raisons, le Code n'a point admis que le titre émané *a non domino* pût donner à la possession d'une servitude le caractère d'évidence nécessaire pour permettre d'abréger le délai requis. On admet bien, il est vrai, que cette courte prescription s'applique à l'usufruit (1); toutefois, il est bon de remarquer que la possession de l'usufruitier est aussi évidente, aussi manifeste que le droit du propriétaire lui-même.

Dès lors, on le voit, l'argument qu'on veut tirer de ce fait ne porte plus, il est sans valeur.

De plus, au titre de l'usufruit nous ne trouvons point de disposition semblable à celle de l'art. 690, ce qui force le juge à appliquer le droit commun de la prescription en ce qui concerne ce démembrement de la propriété.

(1) Cet argument avait particulièrement touché Demolombe. Voici en quels termes il s'exprime : « Mais, dit-on, on admet bien que l'usufruit peut être acquis par la prescription de dix ou vingt ans en vertu de l'art 2265 ! Il est vrai, et nous l'avions ainsi pensé nous-même. Mais d'abord il n'y a dans le titre de l'usufruit aucun texte pareil à notre article 690 qui exige absolument une possession de trente ans; et plus grande est la différence entre l'usufruit et les servitudes, l'usufruit a une existence propre; il peut être hypothéqué, exproprié *per se* (art. 2118, 2204), surtout il se manifeste par une possession dont la publicité ne le cède en rien à la possession de la pleine propriété elle-même. » — *Traité des Servitudes*, tome II, n° 781, p. 273 *in fine*.

On pourrait encore établir bien d'autres différences entre l'usufruit et les servitudes réelles et montrer que si ce droit est d'une gravité exceptionnelle quant à son étendue, du moins ne grève-t-il le fonds que d'une façon tout à fait temporaire.

Avec cette doctrine, on met, il est vrai, dans une situation analogue et peu favorable les possesseurs de bonne et de mauvaise foi. Ne pourrait-on point l'expliquer qu'il faudrait encore s'incliner devant la prohibition de l'art. 690, mais il n'est peut-être pas impossible de justifier cette anomalie.

Deux intérêts sont en effet en présence : celui d'un homme qui par suite d'une erreur excusable se croit propriétaire et celui du maître de la chose.

Lequel des deux doit être plutôt pris en considération? Celui du véritable propriétaire assurément. Eh bien ! c'est ce qu'a fait le législateur, il n'y a même pas de reproche à lui adresser sur ce point pour avoir sacrifié les intérêts d'un individu qui, la plupart du temps, avec plus de prudence et de précaution aurait pu se rendre compte du vice de son titre et partant de sa possession.

Si l'on se place uniquement au point de vue d'une stricte interprétation de la règle à suivre par le juge dans les contestations qui peuvent naître à ce sujet, si nous nous efforçons de pénétrer la pensée du législateur, il ne paraît pas douteux qu'il faille admettre la seconde opinion. De l'art. 2264, il ressort clairement à notre avis que la disposition de l'art. 690 doit ici s'appliquer et que jamais en aucun cas on ne peut acquérir une servitude continue et apparente par la prescription de dix à vingt ans.

La plupart des arguments présentés par l'autre opinion sont cependant spécieux et difficiles à réfuter, et nous

croyons notamment qu'au point de vue de ses conséquences elle se justifie mieux que la doctrine couramment admise. Aussi est-il permis de penser qu'il eût été préférable de voir l'opinion contraire consacrée par les textes.

Il est juste en effet de protéger le propriétaire, pourtant parfois, le législateur ne le juge plus digne d'intérêt, il sanctionne les usurpations et c'eût peut-être été le cas de le faire dans notre hypothèse.

On dit que la possession peut être équivoque, ignorée du propriétaire, clandestine. Certainement, mais si elle ne l'est pas? Et il ne faut pas se dissimuler que cela peut se produire.

Du reste, le juge n'est-il pas là pour apprécier les caractères de la possession et pour la déclarer inutile si elle n'est pas suffisamment publique et si elle est équivoque. Si on lui reconnaît ce pouvoir au cas où il n'y a point de titre, il est juste de le lui reconnaître dans l'hypothèse inverse. Et puis est-il vrai que, en portant à trente ans le délai requis, on accorde au propriétaire une si grande garantie? S'il a ignoré la jouissance pendant vingt ans, il est bien vraisemblable, selon nous, qu'il l'ignorera pendant trente ans, ou du moins il en sera ainsi la plupart du temps (1).

De sorte que, pour protéger le droit du maître de la chose, on prolongera tout simplement l'incertitude sans

(1) Le délai de dix à vingt ans nous paraît en effet bien suffisant pour que le propriétaire qu'on veut dépouiller s'aperçoive de l'usurpation. Il faudrait des circonstances tout à fait exceptionnelles pour qu'il en soit autrement et si prévoyant que puisse être un législateur, il lui est impossible d'assurer toujours et dans tous les cas une protection qui ne fasse jamais défaut à celui qui la mérite. — Des hypothèses exceptionnelles ne peuvent pas faire sacrifier les intérêts généraux. Le législateur ne fait pas œuvre abstraite et philosophique. Il se propose au contraire un but pratique avant tout et il ne lui est pas défendu de tabler sur la généralité des cas sans se laisser influencer outre mesure par des hypothèses possibles mais peu probables.

arriver au but qu'on se propose. De plus, quoi qu'on en puisse dire, n'est-il pas choquant à tous égards d'identifier ainsi la situation de l'usurpateur et celle de l'acquéreur de bonne foi.

Pour ces raisons et ne voyant aucun inconvénient à cela puisqu'il s'agit ici de servitudes prescriptibles dont on peut prouver la possession par témoins, il nous semblerait plus juste d'admettre la prescription de dix à vingt ans lorsque celui qui l'invoque possède en vertu d'un titre émané *a non domino*.

§ 2. — *Les servitudes discontinues peuvent-elles s'acquérir par dix à vingt ans?*

On s'est également demandé si une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente pourrait s'établir par prescription au cas où la possession invoquée aurait sa base dans un juste titre et la bonne foi (1).

Certains interprètes le prétendent et soutiennent que ces servitudes deviennent susceptibles d'être acquises par la possession lorsqu'on produit à l'appui de cette jouissance un titre « coloré », suivant l'expression ancienne (2).

On invoque en ce sens la tradition suivie même en pays de Coutume et on reprend l'argument *a fortiori*, disant à nouveau que celui qui peut prescrire le tout doit pouvoir prescrire une partie de ce tout.

Le mot *titre* employé dans l'art. 691, dit-on encore, n'a pas le même sens que celui de l'art. 690. Il s'agit dans

(1) Cette question aurait peut-être été mieux à sa place dans notre premier chapitre, mais nous avons préféré la traiter ici parce qu'elle supposait connue la notion du délai.

(2) Duranton, tome v, n° 593, p. 603 ; — Delvincourt, tome i, p. 571 ; — Toullier, tome iii, n° 629, pp. 289 et suiv. ; — Dalloz, au mot *Servitude*.

l'art.691 d'un titre quelconque, et non forcément d'un titre capable à lui seul de constituer la servitude.

Or cet acte existe dans l'hypothèse prévue, il rend la possession utile et permet d'appliquer l'art. 2265.

Tout en admettant le principe, quelques-uns reculent devant ses conséquences et proposent dans ce cas de ne point permettre d'autre délai que celui de trente ans (1). Ils admettent bien que la précarité se trouve purgée par l'existence du titre coloré; seulement pour eux le droit commun de la matière au point de vue du délai est celui fixé par l'art. 690. Le seul effet qu'ils reconnaissent au titre et à la bonne foi c'est de purger le vice de précarité qui existe à l'égard des servitudes qui ne sont pas continues et apparentes.

Il faut en outre admettre ce délai pour ne point aller à l'encontre de la pensée du législateur et de ses craintes perpétuelles de sacrifier trop vite le droit du propriétaire.

Puis ils exigent qu'on se montre sévère à l'égard du titre, déclarant insuffisant un acte purement énonciatif et voulant un titre constitutif du droit émané du possesseur *pro suo*.

On invoque à l'appui de cette opinion (2) l'autorité de Pothier et de Ferrière, mais surtout celle de Maleville, qui fut l'un des rédacteurs du Code. On cite même un arrêt de cassation qui, dit-on, admet dans l'hypothèse prévue la possibilité de la prescription.

(1) Toullier, tome III, nos 629, 630, pp. 89 et s.; — Dalloz, au mot *Servitude*. — Ce dernier auteur considère qu'il y aurait danger à permettre dans ce cas la prescription par dix ou vingt ans. D'autre part, il qualifie d'interprétation judaïque celle qui purement et simplement prohibe la prescription. La vérité selon lui est dans un juste milieu; il prend çà et là ce qui lui plaît et crée une disposition nouvelle qui, pour quelque bonne qu'elle puisse être, n'a certainement pas été entrevue par les auteurs de notre Code.

(2) Il s'agit ici de la doctrine généralement soutenue sans tenir compte de la question de délai soulevée par Toullier et Dalloz.

Nous ferons d'abord remarquer que le système défendu par les premiers auteurs, à savoir que la prescription de l'art. 2265 doit être ici appliquée en tous points, est à notre avis beaucoup plus rationnel que l'autre, qui substitue au délai de dix à vingt ans celui de trente ans.

C'est refaire la loi à sa convenance et méconnaître toute autorité aux textes en vigueur.

Ajoutons que ni l'une ni l'autre de ces doctrines ne se peut justifier ; elles viennent toutes les deux se heurter à la prohibition absolue de l'art. 691.

Le mot titre employé dans les art. 690 et 691 a certainement le même sens aux yeux du législateur, quoi qu'ait pu en penser Maleville, dont la seule opinion ne peut faire loi. Ce mot titre est pris dans le sens d'un acte constitutif de la servitude, acte émanant forcément du véritable propriétaire. C'était du reste le cas dans l'espèce jugée par l'arrêt qu'on invoque en faveur de l'opinion combattue par nous, et cette décision, on le voit, ne peut être ici d'aucune utilité.

Pour soutenir que le titre émané *a non domino* rend prescriptible les servitudes qui ne sont pas continues et apparentes, il faut du reste faire intervenir la possession. Seul l'acte invoqué ne produirait aucun effet et l'art. 691 dit formellement que les droits dont il s'agit « ne peuvent s'établir que par titres ». De ce chef toute possession, quelque longue qu'elle soit, même immémoriale, demeure inutile pour la prescription (1).

(1) « La servitude, dans notre hypothèse, dit Demolombe, serait acquise par la prescription non par le titre. On n'a jamais dit en effet, ni pu dire que l'acquéreur *a non domino* avec titre et bonne foi acquérait par titre ! Il n'acquiert évidemment que par la prescription, et le titre n'aurait ici pour résultat que de rendre la possession utile à l'effet de lui faire acquérir la servitude par la prescription. » *Traité des Servitudes*, tome II, n° 788 page 283.

L'art. 695 nous fournit encore des arguments puissants. « Le titre constitutif de la servitude, dit ce texte, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi. »

Ce texte prouve que le titre valable à l'effet d'acquérir de pareils droits doit émaner du propriétaire lui-même. De plus, il parle de servitudes qui ne peuvent pas s'acquérir par la prescription. Quelles sont-elles dans l'opinion adverse? Il n'y en a plus. Que faut-il faire alors de cette disposition de l'art. 695?

Quant à l'argument tiré des précédents historiques, nous l'avons déjà suffisamment réfuté ailleurs, aussi n'y reviendrons-nous pas (1).

Nous venons de voir que le titre émané *a non domino* est impuissant à abréger le délai requis pour prescrire les servitudes continues et apparentes et que, en aucun cas, il ne peut rendre utile la jouissance de celles qui ne présentent pas ce double caractère de continuité et d'apparence.

En serait-il ainsi cependant si le possesseur de bonne foi avait signifié son titre au véritable propriétaire et l'avait sommé de le laisser jouir? Nous empruntons à Pardessus, en le résumant, l'exemple qu'il fournit (2). Deux maisons

(1) Cette opinion a été défendue par Pardessus, *Traité des servitudes*, tome II, pp. 51 et s., n° 268. Note H pour la page 53 à la page 390 du 2e volume. Dans cette note le savant jurisconsulte fait l'historique de la question et il remarque que, même dans l'ancien droit, la doctrine n'était pas unanime à admettre l'opinion que nous combattons. Dunod en effet, dans son *Traité des prescriptions*, au n° 291, refusait tout effet au titre émané *a non domino*.

Cette controverse semble du reste n'avoir plus aujourd'hui grande importance et la doctrine et la jurisprudence refusent d'appliquer l'art. 2265 aux servitudes non continues et apparentes. Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 788, pages 281 et suiv.; — Aubry et Rau, III, p. 78, § 251; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1104, p. 803.

(2) Pardessus, tome II, *Traité des servitudes*, n° 276 pp. 85 et s.

sont voisines. La maison A appartenant à Pierre, la maison B possédée par Paul, qui se dit propriétaire mais ne l'est pas. Ce dernier a grevé la maison B au profit de la maison A d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente. Seulement voici que Jean, maître véritable de la maison B, la recouvre sur Paul. Craignant alors que Jean ne veuille pas le laisser jouir de la servitude ou qu'il veuille plus tard tirer argument de la source vicieuse dont il la tient, Pierre fait à ce dernier connaître le titre qui lui a été consenti et le somme de ne pas entraver sa jouissance.

Jean peut prendre deux partis: ou passer outre aux défenses à lui faites et empêcher l'exercice de la servitude, au quel cas il ne restera plus à l'évincé que la ressource de l'action en garantie contre son vendeur, ou bien laisser Pierre posséder en paix le prétendu droit qu'il allègue, et nous avons à nous demander si cette jouissance pourra être de quelque utilité pour l'établissement de la servitude. Pardessus et d'autres interprètes (1) pensent que la possession dont il s'agit, ainsi précédée d'une signification de titre et de contradiction, ne peut être à son auteur d'aucun secours pour consolider son droit.

Encore ici nous nous heurtons à la prohibition des art, 691 et 695; en s'en tenant aux textes, il est certainement impossible de donner libre jeu à la prescription.

Sans doute l'abstention de Jean est inexplicable. S'il s'agissait, par exemple, d'une servitude de ne pas bâtir, on comprend aisément qu'il ne se soit pas mis à construire pour prouver qu'il en avait le droit et il serait ridicule de l'obliger à cela pour effacer et détruire les pré-

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 791, pages 287 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1104, p. 803.

tentions de Pierre ; mais ne serait-il pas cependant juste d'exiger quelques protestations ?

Il est bon de dire que cela se produirait en fait la plupart du temps et l'hypothèse prévue est plus théorique que pratique. Aussi, tout en souhaitant que notre Code eût permis dans ce cas même la prescription des servitudes non apparentes, ne déplorerons-nous pas outre mesure cette lacune qui, au fond, n'eût été bonne que pour l'honneur des principes et de la logique.

Nous en aurions ainsi fini avec les questions de délai s'il ne nous fallait maintenant, suivant que nous l'avons annoncé au début de cette section, dire un mot de la suspension de la prescription. Nous allons le faire dans un 3e paragraphe.

§ 3. — *Effets de la suspension de la prescription.*

Le délai requis pour prescrire, avons-nous dit, doit être de trente années, seulement il s'agit ici de trente années de possession utile et par suite de la suspension de la prescription; la possession peut se prolonger pendant un temps beaucoup plus long.

Qu'est-ce donc que la suspension de la prescription ?

C'est « une période d'arrêt pendant laquelle la prescription sommeille pour continuer à courir aussitôt que la cause d'où résulte la suspension a cessé (1) ».

Pendant tout ce temps, la prescription dort, disait Dunod (2), aussi nos anciens auteurs, dans leur langage imagé et pratique, préféraient-ils le terme de « dormition ».

Il faut bien se garder de confondre la suspension avec

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 415, p. 251.
(2) Dunod, part. I, ch. X, p. 62.

l'interruption, vice plus grave dans ses conséquences parce qu'il entraîne avec lui la perte de la possession antérieure, laquelle devient absolument inutile au point de vue spécial qui nous occupe.

Avec la suspension, nous ne trouvons rien de semblable. Suivant les expressions de Dunod, dans ce cas « on ne fait que déduire le temps intermédiaire pendant lequel nous disons que la prescription ne court pas et qu'elle est suspendue (1) ».

Nous préciserons d'avantage tout à l'heure au moyen de quelques exemples.

Voyons avant quelles sont les causes de suspension applicables à notre matière.

Comme nous n'avons pas l'intention de faire une théorie complète de la suspension, nous nous bornerons à envisager les hypothèses prévues par les art. 2252 et 2253; les principes étant connus, il sera en effet facile d'en faire l'application aux autres cas qui pourraient se présenter dans la pratique.

De l'art. 2252 il résulte que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits; de l'art. 2253, qu'elle ne court point non plus entre époux.

Le législateur a établi la première exception pour protéger certains incapables, les causes de suspension tiennent à l'incapacité de ceux dont le droit est menacé.

Un intérêt moral et social a fait établir la seconde dérogation, elle résulte des rapports personnels existant entre les propriétaires des deux fonds; son but est d'assurer la paix au sein du foyer pendant la durée du mariage.

Donnons quelques exemples qui feront comprendre la portée pratique de la règle et la mettront en relief.

(1) Dunod, part. I, ch. X, p. 62.

Primus a construit sur le fonds de Secundus un aqueduc destiné à conduire l'eau de la propriété de Secundus sur la sienne. Le maître du fonds supérieur, Secundus, meurt vingt années après l'établissement de l'aqueduc, laissant le fonds où jaillit la source à Tertius, son héritier mineur âgé de quinze ans. Pendant sept années, si Tertius reste propriétaire du fonds, la possession de Primus sera inutile en vertu de l'art. 2252. Mais dès que Tertius aura atteint sa majorité la prescription recommencera à courir et nous voyons que, dans l'espèce, la possession devra présenter une durée minimum de trente-sept ans. Pendant les sept années de la minorité de Tertius, il ne pouvait en effet y avoir de jouissance utile à l'effet de prescrire (1).

Reprenons le même exemple et plaçons nous dans l'hypothèse de l'art. 2253.

Un aqueduc a été construit sur le fonds où jaillit une source pour conduire l'eau sur le fonds inférieur, et cela dans le but de prescrire. Par suite de circonstances que nous n'avons pas à prévoir et qu'il serait facile d'imaginer (2), ces deux fonds tombent en propre l'un aux mains de la femme, l'autre aux mains du mari; la possession deviendra dès lors inutile pendant toute la durée du mariage pour reprendre son pouvoir aussitôt après.

Telles sont les quelques conséquences que nous voulions dégager des art. 2252 et 2253. D'autres hypothèses peuvent se présenter; nous les passerons sous silence, car notre intention était seulement d'indiquer la question, non de faire une étude approfondie de la suspension.

(1) La règle serait la même pour un interdit. Pendant toute la durée de l'interdiction, la possession ne peut servir à prescrire.

(2) On peut supposer que l'un des immeubles appartenant déjà en propre à l'un des conjoints, l'autre échoit au second conjoint par voie de succession comme un bien devant lui rester propre.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE LA PRESCRIPTION

Si nous avions à déterminer les effets résultant de la prescription du droit de propriété, notre tâche serait facile et de longues explications seraient superflues.

C'est que, en effet, suivant les termes de l'art. 544, la propriété « est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ».

Ajoutons encore que la propriété est un droit réel établi directement au profit des personnes.

Le maître d'un fonds a sur lui l'*usus* et l'*abusus*, il peut en retirer tous les avantages qu'il comporte, car son droit est absolu et exclusif.

S'agit-il, au contraire, d'une servitude, son étendue est limitée par les besoins du fonds dominant, jamais elle ne pourra les dépasser et bien souvent elle ne donnera pas à son titulaire le droit de retirer du fonds servant tous les avantages qui pourraient être utiles au fonds dominant : cela résulte de ce que nous ne nous trouvons plus comme tout à l'heure en présence d'un rapport ayant lieu entre une personne et un fonds. Ici ce sont les deux héritages qui sont en rapport et ce n'est que tout à fait indirectement et *seulement en tant que propriétaires de ces fonds* que les personnes jouissent d'une part et sont obligées de l'autre.

Le Code lui-même nous le dit dans son art. 637 : « Une

servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

Nous n'avons pas à apprécier le mérite de cette fiction qui fait d'un fonds le titulaire d'un droit; nous nous bornons à en constater l'existence.

Poursuivant notre parallèle, nous voyons encore que la propriété est essentiellement divisible et qu'il n'y a de ce côté encore aucune complication à redouter dans les effets de l'acquisition du droit. En ce qui touche les servitudes, le principe de l'indivisibilité admis par notre loi vient parfois modifier profondément les effets de la prescription et nous aurons à nous expliquer à ce sujet.

Enfin, lorsqu'on jouit du droit de propriété il n'y a pas deux manières d'en user ; l'exercice de ce droit se conçoit pour tous d'une façon uniforme, alors au contraire que le mode d'exercice du droit de servitude peut varier suivant les avantages qu'on se propose d'en retirer.

Ces quelques considérations suffisent à faire comprendre les difficultés qui vont se présenter sur notre route. Elles nous servent également à dégager quelques idées directrices autour desquelles viendront tout naturellement se grouper nos explications. Nous diviserons l'étude de ce chapitre en trois sections. Dans la première, nous nous occuperons des effets produits par l'acquisition de la servitude elle-même.

Nous verrons dans la seconde section comment le principe de l'indivisibilité de la servitude peut modifier les effets de l'acquisition. Enfin dans une troisième et dernière section nous étudierons la prescription du mode de la servitude.

Abordons de suite notre première section.

SECTION PREMIÈRE

Prescription de la servitude elle-même

Là encore, pour être clair et ne pas errer à l'aventure, il importe d'établir des subdivisions. Rappelons-nous que le droit de servitude n'est pas un, qu'il y a autant de servitudes que d'avantages susceptibles d'être procurés à un fonds par un autre fonds, et nous sentirons alors le besoin de préciser la nature du droit acquis par la prescription.

Ceci fera l'objet d'un premier paragraphe.

Ce n'est pas tout, le droit de servitude est encore susceptible de plus ou de moins. Étant donné que le fonds dominant est en droit de retirer une utilité déterminée du fonds servant, voir ou s'approprier de l'eau par exemple, on comprend qu'il puisse user plus ou moins largement de cette utilité, d'où nécessité pour nous de fixer dans un second paragraphe l'étendue du droit acquis.

§ 1er. — *De la nature du droit prescrit.*

Pour déterminer la nature du droit acquis par la possession trentenaire, une seule règle peut nous guider : c'est l'adage ancien que nos vieux auteurs énonçaient ainsi : « Tantum præscriptum, quantum possessum ». Pour déterminer l'étendue du droit acquis, nous aurons recours à des principes ayant trait aux autres modes d'acquisition comme au nôtre ; remarquons en passant, au contraire, que la maxime « Tantum præscriptum, quantum possessum » est spéciale à notre matière (1). Elle s'appliquera sans doute au cas où le titre sera muet ou ne sera pas suffisamment

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1127, p. 829.

explicite, mais c'est que si la servitude n'est pas alors acquise par la possession trentenaire, du moins laisse-t-on à cette possession le soin d'en déterminer les effets et de compléter le titre en se basant sur les intentions présumées des parties (1).

Lorsque nous nous trouvons en présence d'un droit ayant sa base dans la prescription, pour en connaître la nature il nous suffira de savoir quelle jouissance a eu lieu.

Nous posant la question : Qu'est-ce qui a été prescrit? nous devons répondre invariablement : Ce qui a été possédé a été prescrit. Nous nous trouvons en présence de deux termes : prescription et jouissance, entre lesquels il nous faut établir une égalité parfaite (2).

Pendant trente ans, nous le supposons, vous avez eu une fenêtre donnant sur la propriété du voisin. Demandons-nous quelle est la nature du droit que vous avez acquis : est-ce la servitude de vue en général qui vous permettra d'ouvrir désormais sur le fonds autant de fenêtres que vous le voudrez, ou bien n'avez-vous prescrit que telle servitude de vue bien déterminée et le droit seulement de garder votre fenêtre, sans même pouvoir l'agrandir? Si nous interrogeons la règle *tantum præscriptum quantum possessum*, c'est à cette dernière opinion que nous sommes contraint de nous arrêter. Votre jouissance n'a porté que sur une fenêtre déterminée, vous ne pouvez pas prétendre à l'acquisition d'un autre droit, ce serait rompre l'égalité entre les deux termes de notre rapport (3).

(1) Cela est vrai tout au moins pour les servitudes continues et apparentes.

(2) Prades, 18 mars 1890. D. 92. 3. 31; — Cassat., 4 juin 1872. S. 73. 1. 449.

(3) Tout le monde admet bien que le maître de l'édifice ne pourrait pas ouvrir d'autres fenêtres, et la Cour de cassation s'est nettement prononcée en ce sens, 1er juillet 1861. S. 62. 1. 81.

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (*Des biens*, p. 744, n° 1035) pensent

Il en serait de même si, par un tuyau faisant saillie, vous aviez prescrit une servitude d'égout des toits. Il ne s'en suivrait pas que vous ayez le droit d'établir d'autres égouts sur le même fonds.

Ce serait une aggravation et l'art. 702 lui-même venant à l'aide de notre principe la prohibe (1).

Est-il besoin d'ajouter d'autres exemples pour démontrer que la nature de la servitude acquise par la prescription ne peut point dépasser la jouissance qui lui sert de base ?

Nous croyons avoir suffisamment mis le principe en lumière, aussi n'y insisterons-nous pas davantage.

Des difficultés pratiques se sont cependant présentées et c'est ici le lieu d'en aborder l'examen.

Les auteurs discutent vivement le point de savoir quelle est au juste la nature de la servitude de vue acquise par prescription et si elle emporte avec elle la prohibition de bâtir, tout au moins dans une certaine mesure.

Trois opinions ont été soutenues, et nous allons successivement examiner les arguments fournis par les partisans de ces diverses doctrines.

Dans un premier système, le fonds servant n'est aucunement grevé de la servitude *non ædificandi* (2).

cependant que les fenêtres prescrites peuvent être agrandies. Il n'en doit pas être ainsi selon nous, c'est violer la règle *tantum præscriptum quantum possessum*. Aussi préférons-nous croire, avec la majorité des auteurs, qu'en aucun cas le propriétaire de la fenêtre ne pourra l'agrandir.

Ce serait prescrire le mode de la servitude, et pour cela, comme nous le verrons bientôt, il faudrait une nouvelle possession trentenaire. En notre matière on ne peut rien prétendre par identité de motifs. — Dunod, *Prescriptions*, part. I, ch. IV, p. 23; part. III, ch. VI, p. 229; — Pardessus, tome II, n° 285, p. 109; — Laurent, tome VIII, n° 63, p. 89; — Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 580, p. 60.

(1) Il y aurait même aggravation dans le fait de surélever le toit, d'augmenter le volume de l'eau ou de la corrompre avant de l'envoyer sur le fonds inférieur. — Pau, 12 décembre 1887. D. 89. 2. 230; — Pau, 21 mars 1888. D. 89. 2. 103; — Bordeaux, 10 juillet 1888. S. 90. 2. 205.

(2) Merlin, *Questions de droit, Servitude*, § 3, pp. 242 et suiv.; — Toullier,

Le maître de l'héritage dominant, dit-on, a seulement acquis le droit de garder la fenêtre malgré les réclamations du voisin. Ce dernier peut bâtir sur son fonds comme il lui plaira, y planter à l'extrême limite sans se préoccuper de savoir quelles seront pour le propriétaire de la fenêtre les conséquences de ses actes. On va même jusqu'à prétendre que le voisin pourrait acquérir la mitoyenneté du mur.

En effet, dit-on, celui qui bâtit à l'extrême limite de son terrain, s'il n'y avait pas de prohibitions légales, aurait le droit d'ouvrir des fenêtres dans son mur.

Mais le législateur a pensé que, dans l'intérêt de tous, des restrictions s'imposaient. Une semblable liberté aurait été mauvaise, elle aurait engendré bien des haines et serait devenue la source de difficultés graves et nombreuses. C'est pour ces motifs qu'ont été édictées les prohibitions des art. 678 et 679. Ainsi l'édifice est grevé d'une servitude légale et lorsque passant outre aux prohibitions du Code, le maître de l'édifice a percé des fenêtres dans ses murs et les a gardées pendant trente ans à la faveur du silence du voisin, ce n'est pas une servitude de vue qu'il a acquise sur le fonds de ce dernier, c'est seulement une libération. Il a fait disparaître la servitude légale qui grevait son propre fonds, il n'a pas acquis d'autre droit.

Et même en admettant qu'il eût acquis une servitude, ajoute-t-on, cette solution devrait encore être maintenue en vertu de la règle *tantum prœscriptum quantum possessum*. Qu'a-t-on possédé sur le fonds du voisin ? Rien sans doute, l'on n'a donc rien pu acquérir (1).

tome III, pp. 240 et suiv., nos 534, 536 ; — Pardessus, tome II, no 312, pp. 191 et s. — Voir aussi la note K du tome II, aux pages 392 et s.

(1) C'est là le principal argument en faveur de ce système et s'il était vrai qu'on n'a rien possédé sur le fonds d'autrui il serait également juste

Enfin, dit-on encore, la servitude de ne pas planter et de ne pas bâtir ne peut point s'acquérir par prescription parce qu'elle manque d'un des éléments nécessaires : l'apparence. Il est donc manifeste qu'elle ne peut pas résulter de l'acquisition du droit de vue.

Modifiant cette doctrine et se basant uniquement sur des principes rationnels et d'équité, Laurent admet que le voisin pourra bâtir et planter sur son fonds là où il le voudra, à la seule condition de laisser au propriétaire assez de lumière et une vue suffisante. Cet auteur écarte du débat les art. 638 et 639 qui, dit-il, n'ont pas trait à l'hypothèse envisagée et il invoque, bien à tort selon nous, à l'appui de son opinion, l'art. 701, § 1 (1).

Le moindre inconvénient de ce système n'est peut-être pas de faire de la question une pure constatation de fait.

La troisième opinion qui rallie la jurisprudence et la majorité des auteurs admet au contraire que ce sont les art. 678 et 679 qui doivent ici régler le conflit (2).

Il est faux d'abord de croire avec les partisans de la première doctrine que le législateur, en édictant les prohibitions des art. 678 et 679, ait ainsi établi sur les fonds des servitudes légales.

Supposons en effet, que par sa possession trentenaire, celui qui a ouvert les fenêtres n'ait fait que s'affranchir

de penser qu'on n'a rien prescrit. Aussi insisterons-nous, dans la réfutation de cette doctrine, sur le point que le maître de la fenêtre a possédé quelque chose sur l'héritage d'autrui.

(1) Laurent, tome VIII, n° 66, p. 91.

(2) Duranton, V, n°s 326, 327, pp. 347 et suiv. ; — Demante, II, n° 535 *bis*, I, p. 628 ; — Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 580, p. 63 ; — Aubry et Rau, tome II, § 196, pp. 210, 211, et note 36, § 222, lettre a *in fine*, page 434 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n°1035, pp. 742 et s. ; — Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 20 novembre 1890. S. 91. 4. 13 ; — Cass., 31 mai 1880. S. 81. 1. 199 ; — 10 décembre 1888. S. 89. 1. 156. — En sens contraire, cependant : Paris, 11 décembre, sous Cassation. S. 92. 1. 55.

d'une servitude passive sans acquérir de droits sur l'héritage voisin. Il faudra dire alors qu'en établissant les fenêtres il a agi conformément à son droit de propriété et non pas comme on l'a dit *jure servitutis*.

« Or, conclut Demolombe, il nous paraît de tout point impossible, de soutenir que c'est *jure dominii* que le propriétaire a dû ouvrir d'abord et qu'il peut ensuite conserver par l'effet de la prescription des jours et des vues à une distance prohibée, car la règle générale est au contraire qu'en vertu de son droit de propriété... il n'aurait pas pu ouvrir des jours ou des vues à cette distance. Donc, c'est par exception à la règle générale du droit de propriété, donc c'est seulement *jure servitutis* que ces jours et ces vues peuvent désormais subsister (1). »

On veut encore ici faire l'application de la règle *tantum præscriptum quantum possessum*, et certes cela est juste ; seulement il ne faut pas dire qu'au moyen de cette fenêtre on n'a rien possédé sur le fonds du voisin et que partant on n'a rien prescrit sur ce fonds. La fenêtre nous a donné la possibilité de voir sur l'héritage d'autrui, nous avons joui de ce droit et comme nous l'avons possédé, nous prétendons l'avoir prescrit. Et certes il est inadmissible que vous ayez la faculté de rendre ma jouissance illusoire en n'en tenant pas compte (2).

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 580, p. 163 *in fine*.

(2) « Il n'est pas exact, dit Demolombe, d'objecter que celui qui a ouvert des vues à une distance prohibée n'a rien possédé sur le fonds du voisin; un ancien disait fort justement que c'est presque la même chose de porter les pieds ou les yeux sur l'héritage du voisin, et Duaren pensait aussi de même. « Qui fenestram in suo pariete ponit, aliquid immittit in alienum quod non licet citra constitutionem servitutis; immittit enim oculos (disput. 58). » (*Traité des servitudes*, tome II, n° 580, p. 65.) La question s'est présentée, croyons-nous, pour la promenade de Blossac. La ville avait émis à un moment la prétention de faire élever un mur qui eût séparé la promenade des jardins des habitations voisines. Les propriétaires de ces maisons ont fait valoir qu'ils avaient acquis par pres-

Quant à dire que la servitude *non ædificandi* n'est pas apparente, que par conséquent elle n'est pas prescriptible, il est facile de répondre que ce n'est pas cette servitude que nous avons acquise par la possession, mais bien celle de vue qui entraîne avec elle comme conséquence forcée et dans une certaine mesure la prohibition de bâtir.

Pour nous, cela n'est pas douteux et la seule difficulté qui se présente est de fixer la limite à partir de laquelle le maître de l'héritage asservi pourra bâtir et planter à son gré.

Les partisans du troisième système, rejetant comme arbitraire la doctrine de Laurent, admettent que la distance sera fixée dans notre hypothèse par les art. 678 et 679 suivant qu'il s'agira de vues droites ou obliques (1). Ces textes contiennent la détermination de l'espace minimum nécessaire à l'exercice d'une servitude de vue et malgré l'avis opposé de Laurent, c'est certainement là que nous trouvons la solution du problème.

Ajoutons encore que la décision à laquelle nous arrivons se justifie fort bien dans ses conséquences.

Nous avons montré en effet qu'il était rationnellement impossible d'admettre avec Pardessus et plusieurs autres auteurs que le propriétaire du fonds servant reste complètement libre de planter et de bâtir comme il le juge à propos.

Une autre erreur, dont nous nous gardons également, serait de faire naître de l'ouverture de cette fenêtre une servitude de prospect, laquelle empêcherait toute construc-

cription un droit de vue sur la promenade. Leur prétention fut reconnue fondée sans qu'il y ait eu contestation portée devant la justice.

(1) C'est du reste l'avis de la jurisprudence et la Cour de cassation l'a ainsi jugé maintes fois : 28 décembre 1863. S. 64. 1. 123 ; 10 décembre 1888. S. 89. 1. 156.

tion sur le fonds servant et grèverait ainsi cet héritage d'une charge réellement exorbitante.

A cet égard même nous nous séparerons de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau lorsqu'ils prétendent que la servitude de prospect pourrait résulter de l'existence d'un belvédère très élevé et « dont l'utilité ne se justifierait que par l'étendue de l'horizon découvert (1) ».

Il nous semble que, dans ce cas, les intentions ne sont pas assez nettes. Peut-être celui qui a construit le belvedère, la terrasse, a-t-il eu l'intention d'acquérir une servitude de prospect. Mais assurément cette intention a pu échapper au maître du fonds que l'on veut asservir. Lorsque la jurisprudence parle de servitudes de vue résultant des terrasses ou des plateformes, c'est aux art. 678 et 679 qu'elle se réfère en disant que leurs termes ne sont point limitatifs et, sans doute, c'est sur ces textes aussi qu'elle se baserait pour apprécier l'étendue de la prohibition de bâtir dans ce cas particulier.

A notre avis, la servitude de prospect ne peut jamais résulter que d'un titre. En raison de la gravité de ce droit, il est juste de n'en pas permettre trop facilement l'acquisition.

L'ancien art. 672 se montrait fort peu explicite sur l'étendue du droit acquis par le maître d'un fonds qui depuis plus de trente ans avait gardé des arbres de hautes tiges à une distance moindre que celle fixée par la loi.

Une loi du 20 août 1881, qui a modifié l'art. 672, a mis fin à la controverse.

On discutait vivement en effet la question de savoir si,

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1035, p. 744. — La Jurisprudence du reste n'admet pas non plus cette opinion et veut que la servitude de prospect résulte d'un titre. Douai, 9 décembre 1889. D. 91. 2. 69.

au cas où les arbres viendraient à périr ou seraient arrachés, ils pourraient ou non être remplacés.

Faisant ici le même raisonnement que pour la servitude de vue, les uns disaient : Le fonds était grevé d'une servitude de ne pas planter. En passant outre, le maître de l'héritage où sont les arbres n'a fait que recouvrer sa liberté, désormais il doit pouvoir la conserver dans la mesure où il l'a prescrite et par conséquent il a bien le droit de remplacer ses arbres s'ils sont arrachés ou s'ils périssent (1).

Par un autre raisonnement, lequel à notre avis est beaucoup plus difficile à réfuter, d'autres auteurs arrivent au même résultat. Le maître des arbres, dit-on, a acquis sur le fonds du voisin une servitude continue et apparente. Si les arbres disparaissent, la servitude cesse temporairement, mais si les choses sont rétablies en l'état avant l'extinction de la servitude qui a lieu par le non-usage pendant trente ans, la servitude revit, l'art. 704 le dit en toutes lettres et dès lors aux arbres morts ou disparus, on peut en substituer d'autres à la même place, à condition qu'on n'en augmente pas le nombre et qu'on n'en change pas la nature (2).

Ce système ainsi défendu nous semble difficile à détruire ; à notre avis il était à la fois conforme aux textes et aux principes. Malgré cela, cependant, le législateur a préféré consacrer l'opinion inverse et décider que jamais les arbres détruits ne pourraient se remplacer.

C'était du reste le système admis par la jurisprudence

(1) Cette opinion a été notamment défendue par Serrigny dans un article de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1859, tome xv, pp. 7 et s., où cet auteur critique un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1857. S. 58. 1. 361.

(2) Pardessus, *Des servitudes*, tome I, n° 195, p. 431 ; — Toullier, tome III, n° 515, et note *a*, p. 232.

dont les décisions étaient surtout basées sur l'application de la règle « tantum præscriptum, quantum possessum » (1). Ce qui a été possédé, dit-on, ce sont tels et tels arbres, et pas d'autres.

Dans l'hypothèse où il s'agit d'une fenêtre, si l'édifice est détruit et qu'il soit reconstruit, il est vrai qu'après s'il ne s'est point écoulé trente ans et qu'on rebâtisse en vertu de l'art. 704 on pourra ouvrir dans le nouveau mur une fenêtre semblable. Mais c'est que précisément alors il y aura identité entre cette fenêtre nouvelle et celle qui existait avant, on la fera à la même place et de mêmes dimensions. Lorsqu'il s'agit d'arbres il n'en saurait être ainsi : il est impossible de mettre à la place des anciens, des arbres de même grosseur et de même hauteur par exemple.

De plus le propriétaire sur le fonds duquel vous avez acquis cette servitude peut en avoir toléré l'existence seulement parce qu'elle était destinée à prendre fin dans un certain laps de temps. Elle n'avait pas de « causa perpetua », c'est lui en donner une et l'aggraver que de permettre au maître des arbres de les remplacer.

Telles sont les raisons qui avaient décidé la jurisprudence à admettre cette doctrine et ce sont les mêmes sans doute qui ont déterminé le législateur à trancher la question dans ce sens (2).

N'est-ce pas cependant faire abus de la règle « tantum, præscriptum, quantum possesum? » A notre avis l'art. 704

(1) Duranton, tome v, pp. 424 et s., n° 391 ; — Marcadé, sur l'art. 671, p. 610, n° 622.

(2) Demante, tome II, n° 527 bis — I, p. 619. — Demolombe proposait une troisième opinion (*Traité des servitudes*, tome I, n° 501, p. 557). Ces auteurs voulaient que les seuls arbres plantés en avenue pussent être remplacés. Les considérations qu'ils invoquaient toutefois en faveur de cette doctrine étaient peu concluantes, aussi n'est-ce qu'à titre de remarque que nous mentionnons ce système.

fournissait un argument puissant aux défenseurs de l'autre opinion et peut-être le législateur de 1881 aurait-il mieux fait de s'y ranger en réformant dans son sens l'art. 672.

Il sera impossible évidemment de remplacer les arbres détruits par des arbres semblables, mais de quoi pourra se plaindre le voisin s'ils sont de même nature ? Il est certain, en effet, qu'on ne saurait avoir la prétention de remplacer par des arbres géants, des arbres de hauteur ordinaire, seulement, cette restriction, faite le fait du remplacement n'aggravera pas par lui-même la servitude, du moins en principe. Au début, les arbres qu'on plantera seront plus petits et moins gênants et jamais, en règle générale, ils ne seront sensiblement plus grands que ceux déjà plantés pourront le devenir, puisqu'ils sont de même espèce et plantés sur le même terrain.

On dit que ce sera donner une « causa perpetua » à un droit qui n'en avait pas. Pour la fenêtre, la chose ne sera pas au fond bien différente. Pas plus que les arbres, les bâtiments ne durent toujours et si les maisons ont en général une durée plus longue, ce n'est, au fond, qu'une question de plus ou de moins. Il y a même des arbres qui durent plus que certains bâtiments.

Quoi qu'il en soit, le texte ne laisse plus de place à la controverse et s'il est permis de désirer une autre solution, du moins doit-on s'incliner devant la volonté non douteuse du législateur.

On s'est également demandé ce que faisait au juste acquérir un droit de prise d'eau et si le maître de la servitude devait limiter sa jouissance au premier usage qu'il en avait fait ou si, au contraire, il pouvait user de l'eau à son gré et sans contrôle.

Empruntons un exemple à Pardessus (1). Paul a construit sur sa propriété un moulin à huile qu'il fait mouvoir au moyen d'une source née sur son fonds. Pierre, depuis plus de trente ans, a capté l'eau au sortir du moulin, la conduit chez lui au moyen de travaux apparents et cela pour faire mouvoir un moulin à tan.

Plus tard il convertit en fabrique d'huile sa fabrique de tan, le propriétaire du fonds supérieur peut-il exiger le rétablissement de l'ancien état de choses en invoquant la maxime « tantum præscriptum, quantum possessum ? »

De même si les eaux ont été prescrites pour l'irrigation d'une prairie ou de tout autre fonds de terre, pourra-t-on également en user dans un intérêt industriel, pour servir de force motrice à une usine par exemple?

Se fondant sur la règle « tantum præscriptum, quantum possessum », la jurisprudence admet dans cette hypothèse l'interprétation restrictive (2). N'est-il pas juste de penser en effet que si le voisin avait connu l'intention de celui qui va prescrire de transformer plus tard son moulin à tan en fabrique d'huile il se serait opposé aux faits de jouissance de ce dernier? S'il a laissé la possession produire ses effets c'est que peu lui importait l'existence et le fonctionnement d'un moulin à tan, dont il n'avait point à redouter de concurrence.

Il faut donc admettre que soit en convertissant sa fabrique de tan en fabrique d'huile dans l'exemple cité, soit en employant à un usage industriel des eaux acquises jadis

(1) Pardessus, tome II, n° 285, pp. 111 et s. — Il s'agit bien entendu du cas où la servitude est acquise par prescription et de celui aussi où le titre se borne à mentionner l'existence de la servitude. Il est trop clair que si le titre s'explique il faudrait alors trente années d'une possession nouvelle ; ce serait prescrire le mode de la servitude. Nous en parlerons du reste ailleurs.

(2) Cass., 15 janvier 1834. S. 34. 1. 491 ; 9 décembre 1839. S. 39. 1. 918 ; 5 mai 1857. S. 57. 1. 335 ; 4 juin 1872. S. 73. 1. 449.

pour satisfaire des besoins agricoles, le maître de la servitude l'aggrave et outre-passe son droit.

Pardessus combat cependant cette opinion. Suivant lui, la condition du fonds servant n'est pas aggravée du fait de ces changements, il n'y a, dit-il, aucun dommage matériel causé à l'héritage qui doit la servitude (1).

Laissant désormais ces considérations sur la nature du droit acquis, attachons-nous maintenant dans le second paragraphe de notre section à déterminer l'étendue du droit.

§ 2. — *De l'étendue du droit acquis.*

Là encore la règle *tantum præscriptum quantum possessum* conserve son empire et devra s'appliquer. Elle rayonne sur tout le domaine de la prescription et, comme nous l'avons dit, elle lui est spéciale.

Seulement lorsqu'il s'agit de préciser non plus la nature du droit acquis, mais son étendue, d'étudier les droits et les obligations nés pour les propriétaires des deux fonds en tant qu'ils en sont les détenteurs, à côté du principe dont nous venons de parler il faut également tenir compte de certaines règles communes à tous les autres modes d'acquisition.

Le législateur les a rassemblées dans les art. 696 à 702 de notre Code civil.

Un texte très important en cette matière est l'art. 696. « Quand on établit une servitude, dit-il, on est censé accor-

(1) Pardessus, *Traite des servitudes*, tome II, n° 285, page 113. « On n'a point, ici dit cet auteur, les mêmes éléments que lorsqu'il s'agit d'interpréter des contrats, les pensées de l'un et de l'autre n'ont point été manifestées; le seul fait d'une construction d'ouvrages apparents propres à faciliter l'usage des eaux subsiste, avec toutes ses conséquences naturelles.

der tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage. »

Les servitudes conventionnelles sont spécialement visées dans ce texte; malgré cela on ne pourrait pas soutenir qu'il n'est pas applicable en notre hypothèse.

Que serait, par exemple, une servitude de prise d'eau avec une vanne si, cette vanne étant située sur la propriété voisine, on ne permettait pas au titulaire du droit de pénétrer sur cet héritage pour y lever l'obstacle qui s'oppose à l'écoulement des eaux ?

Il serait étrange que le législateur ait reconnu à la possession trentenaire le pouvoir de produire certains effets en vertu de l'art. 690 et que, en vertu de l'art. 691 il lui eût immédiatement retiré ce pouvoir.

Car dire qu'on a bien pu prescrire la servitude de prise d'eau qui est continue et apparente, mais qu'on n'a acquis aucun droit de passage parce que c'est une servitude discontinue et non apparente, c'est, dans notre hypothèse, rendre complètement illusoire le droit acquis par la prescription.

Il est clair, en effet, que si personne ne lève la vanne, jamais la prise d'eau ne fonctionnera. Or cette vanne est placée sur le sol d'autrui où on ne peut pas aller. Ce qui a été acquis par la possession trentenaire disparaît, c'est, par suite, rendre la prescription inutile.

Et l'on ne saurait trop insister sur ce point que lorsque une servitude est acquise par la possession prolongée, on acquiert en même temps tous les droits nécessaires à son exercice, comme s'il s'agissait d'une servitude conventionnelle (1).

(1) Il ne saurait du reste y avoir de doute à cet égard. La logique com-

Souvent en vertu de ce principe il nous sera permis de passer sur le fonds d'autrui, soit pour y surveiller l'écoulement de l'eau, soit pour y réparer les aqueducs établis. Est-ce aller à l'encontre de l'art. 691 ?

Assurément non. Ce n'est pas une servitude nouvelle et distincte que nous acquerrons ainsi en passant sur le fonds du voisin, c'est un droit secondaire accessoire qui disparaîtra avec la servitude acquise, mais qui vivra autant qu'elle parce qu'il est nécessaire à son exercice. Il est à remarquer toutefois qu'il ne peut pas s'agir de commodité (1). Ce serait par exemple faussement appliquer les principes que de déclarer dans tous les cas que la servitude d'aqueduc emporte avec elle le droit de passage (2). *A priori* on n'en peut rien savoir. Souvent il en sera ainsi parce que les travaux auront besoin d'être surveillés, réparés et cela nécessairement. Ce n'est plus une question de commodité, c'est une question de vie ou de mort pour la servitude.

Que dirait-on encore d'une servitude de vue qui n'entraînerait pas avec elle la prohibition de planter et de bâtir dans une certaine zone tout au moins ?

Nous reviendrons du reste à cet exemple pour préciser les effets d'un pareil droit; aussi n'insistons nous pas en ce

mande ici d'une façon impérieuse l'application de ce système. — Demolombe, *Servitudes*, tome II, n° 830, p. 340 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1126, p. 826. « La règle de l'art. 696, disent ces deux derniers auteurs, reçoit application quel que soit le mode de constitution de la servitude : titre, destination du père de famille ou prescription. Il faut et il suffit que le droit accessoire soit indispensable à l'exercice de la servitude principale. »

(1) C'est en vertu de ce principe que la servitude d'égout n'emporte pas comme accessoire celle de tour d'échelle, si les égouts peuvent se réparer sans cela. Bourges, 23 août 1831. D. 32. 2. 1 ; — Bordeaux, 29 décembre 1836. S. 38. 2. 132; — Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 832. p. 341 ; — Aubry et Rau, tome III, § 253, p. 89.

(2) Demolombe, *op. cit.*, tome II, n° 132, p. 341.

moment, nous contentant de faire remarquer combien il eût été puéril de permettre avec l'art. 690 la prescription d'une servitude de vue et de la défendre en même temps, comme nous l'avons déjà dit, avec l'art. 691.

Une remarque capitale en l'espèce c'est que l'hypothèse que nous venons de prévoir est toute différente de la prescription du mode de la servitude, cas où il y a extension du droit, acquisition d'un mode plus avantageux d'exercice basé sur la possession prolongée et non pas sur la simple nécessité.

Lorsqu'un droit est nécessaire, indispensable à l'exercice d'une servitude, il naît avec cette dernière, qu'il soit ou non prescriptible, qu'il ait été ou non l'objet d'une jouissance quelconque de la part de celui qui se prétend maître de la servitude.

Dans l'autre cas, celui où il s'agit du mode d'exercice, c'est la prescription qui justifie l'acquisition nouvelle. Comme nous le verrons, il faut la même possession que pour acquérir la servitude elle-même, mais ce que nous voulons retenir ici c'est qu'il faut surtout et toujours dans ce cas que le nouveau droit soit continu et de plus qu'il soit apparent.

Il paraît inutile d'insister à ce point sur les caractères qui différencient ces deux hypothèses, il n'y a pourtant qu'à lire certains attendus de la Cour de cassation (1) pour comprendre l'opportunité de ces remarques. Nous le dirons ailleurs ; en effet, en établissant une telle confusion on arrive à violer manifestement les art. 691 et 696 d'une part en basant sur la possession l'acquisition d'un droit qui ne présente pas pour cela les caractères requis, et d'autre part

(1) Cass., 26 janvier 1880. D. 80. 1. 152.

en se contentant de la simple commodité alors que l'art. 696 est formel pour exiger la nécessité.

L'art. 697 accorde également au propriétaire du fonds dominant le droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et la conserver.

Bien que ces deux textes ne soient pas de la même section, ils nous paraissent cependant nés de la même idée à savoir que la servitude existant il faut en rendre l'exercice et la conservation possibles.

Aussi, pour les raisons que nous avons fait valoir en ce qui concerne l'application de l'art. 696 à notre matière, nous conclurons de même que l'art. 697 lui est applicable (1). Chaque fois que cela sera indispensable soit pour l'exercice, soit pour la conservation de la servitude, nous reconnaîtrons au propriétaire de l'héritage dominant le droit de faire les ouvrages nécessaires pour arriver à ce double but.

Est-il besoin de dire, que là encore il faut la nécessité, que la commodité ne serait pas un motif suffisant pour justifier de tels empiétements? Rappelons aussi que la servitude ne doit point être aggravée par ces ouvrages. Ce sera là une question de fait laissée à la sagesse et à la prudence du juge. Il est difficile de donner ici des règles fixes, précises, mais l'art. 702, défendant expressé-

(1) Il est à remarquer cependant que dans notre hypothèse il ne peut pas s'agir de travaux nécessaires à l'existence même de la servitude. Ces ouvrages doivent avoir été établis dès le début de la possession. Il ne reste plus à celui qui jouit de la servitude que le droit de les entretenir pour user de la servitude et la conserver. Remarquons enfin avec Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 839, p. 346, que le propriétaire du fonds dominant pourra être, dans certains cas, contraint de faire les ouvrages nécessaires. Dans l'hypothèse par exemple où, par suite du mauvais entretien d'un aqueduc, le fonds servant est inondé, le maître de cet héritage peut contraindre celui du fonds dominant à entretenir les travaux ou à en établir de nouveaux. Il peut même demander des dommages et intérêts. Cass., 15 mai 1877. S. 77. 1. 296.

ment d'aggraver la charge qui pèse sur le fonds servant, rendra parfois l'application de l'art. 697 particulièrement délicate.

Le juge pourra se trouver en effet dans cette double alternative, ou de ne pas permettre l'établissement d'ouvrages nécessaires, ou, en le permettant, de laisser s'aggraver la servitude malgré l'art. 702.

C'est là un conflit qu'il lui appartient de régler; le législateur lui en a laissé le pouvoir.

Nous ne parlerons pas de l'art. 698, dont les prescriptions sont relatives au paiement des frais résultant des travaux et nous ferons seulement remarquer à propos de l'art. 699 que le propriétaire de l'héritage servant a, même au cas où la servitude est acquise par prescription, le droit de se libérer en abandonnant le fonds grevé (1).

Il n'est en effet tenu qu'en sa qualité de détenteur de l'immeuble. Si cette qualité disparaît, et il en est ainsi au cas d'abandon, il n'y a plus aucun rapport entre l'héritage dominant et son ancien propriétaire. Par suite, ce dernier qui était seulement tenu *propter rem*, ne l'est plus du tout.

Aucune obligation personnelle ne lui était imposée, son rôle était purement passif. Le législateur tenait tant à ce principe qu'il a déclaré le droit d'abandon imprescriptible et certains auteurs décident même qu'on ne saurait y renoncer (2).

(1) Aubry et Rau, tome III, § 253, p. 90 et note 10; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1131, p. 833, pensent qu'il suffit d'abandonner la partie du fonds affectée à l'exercice de la servitude.

D'autres soutiennent qu'il faut abandonner le fonds tout entier: Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 282, pp. 385 et s.; — Pardessus, tome II, n° 316, pp. 203 et s.; — Laurent, VIII, n° 245, pp. 299-300. — Quoiqu'il en soit, cette faculté d'abandon se justifie par la nature du droit de servitude.

(2) Aubry et Rau, tome III, § 253, p. 90 et note 8. — Demolombe, *Traite des servitudes*, tome II, n° 881, pp. 384 et 385.

Voir cependant en sens contraire : Pardessus, *des servitudes*, tome I,

Nous ne reparlerons pas ici de l'art. 700, relatif au principe de l'indivisibilité, nous en renvoyons l'étude à notre section II. Quant à l'art. 701, nous ne saurions le passer sous silence. Il est d'une importance capitale.

Comme contre-partie de la défense faite au maître du fonds dominant d'aggraver la servitude, ce texte enjoint au propriétaire de l'héritage asservi de ne gêner en quoi que ce soit l'exercice du droit acquis. Ce dernier ne doit point déplacer l'assiette de la servitude ni changer l'état de choses consacré par la possession (1).

Ces prohibitions se conçoivent à merveille; dans l'art. 702, le législateur en édicte d'analogues pour le titulaire de la servitude. Il les place tous deux dans une situation identique et cherche à concilier leurs intérêts opposés en prohibant les empiétements de part et d'autre.

Après avoir défendu au maître du fonds servant de faire aucun changement; dans le troisième alinéa de l'art. 701, le législateur prévoit cependant le cas où le maître du fonds servant aurait un puissant intérêt à changer l'assiette de la servitude et il lui permet de le faire à la seule condition de ne pas léser les droits que la prescription a conférés au voisin.

Cette disposition fort sage est assurément de nature à recevoir son application dans la pratique. Il peut se faire que les travaux destinés à rendre apparente une servitude

n° 69, p. 160; — Laurent, tome VIII, n° 247, p. 301; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1131 p. 832.

(1) Ce serait aller à l'encontre de la règle *tantum præscriptum quantum possessum*. Car si on prescrit seulement ce que l'on a possédé, on prescrit aussi tout ce que l'on a possédé et de la manière dont on l'a fait.

Permettre au propriétaire du fonds servant de nuire à l'exercice de la servitude serait méconnaître ce droit. Son rôle est purement passif on ne lui demande pas de favoriser par des actes l'exercice de la servitude, mais encore faut-il qu'il ne le rende pas plus incommode ou plus difficile. S'il ne doit pas faire jouir, au moins doit il laisser jouir.

de prise d'eau coupent une prairie en deux parties et nuisent ainsi à la bonne exploitation du fonds.

C'était un terrain jadis inculte, abandonné, trop humide peut-être et qu'on se propose d'assainir. Il y avait une source sur ce fonds et le propriétaire a laissé la prescription s'accomplir, parce qu'il ne tirait aucun avantage de sa prairie. Seulement, les choses ont changé et l'existence de ce droit de prise d'eau devient particulièrement gênant pour les améliorations qu'on se propose de faire. Sans doute ces motifs ne sauraient conduire à faire disparaître la servitude. Pourtant, si sans en rendre l'exercice plus incommode il était possible d'en diminuer les inconvénients, en changeant l'assiette par exemple, pourquoi ne pas le permettre? Cela profite au maître de l'héritage asservi et ne nuit pas au propriétaire du fonds dominant, aussi n'était-il pas permis d'hésiter et c'est ce qu'ont compris les rédacteurs du Code (1).

Cette disposition n'a certainement pas été spécialement écrite en vue des servitudes acquises par prescription. Cependant c'est peut-être en cette hypothèse qu'elle trouvera le plus souvent son application.

Lorsqu'un droit en effet résulte d'une convention, les parties ont débattu leurs intérêts, elles ont cherché à atténuer les conséquences de leurs actes.

Au cas qui nous occupe, il n'en est pas ainsi, un seul propriétaire a disposé comme il l'entendait sans l'assentiment de l'autre, peut-être même sans que ce dernier en soit averti. Il importait alors, tout en reconnaissant l'inviolabilité du droit acquis, de l'atténuer dans la mesure du possible.

(1) Le propriétaire du fonds servant ne doit pas même dans ce cas d'indemnité au maître de l'héritage dominant. Cass., 22 mars 1893. D. 93, 1. 408.

Le troisième alinéa de l'art. 701 pourra même s'appliquer en notre matière à propos d'une servitude discontinue de passage, en tant que, en vertu de l'art. 606, elle sera l'accessoire d'une servitude continue acquise par prescription. Au cas où le propriétaire de l'héritage asservi aura intérêt à ce déplacement et que d'autre part il n'en résultera pas d'inconvénients pour celui qui exerce accessoirement le passage, il n'est pas douteux qu'on puisse ici appliquer la disposition contenue dans l'art. 701 *in fine* (1).

Il en serait de même dans l'hypothèse prévue par l'art. 685 *in fine* modifié par la loi du 20 août 1881 et décidant que l'assiette du droit de passage en cas d'enclave est fixée par trente ans d'usage.

On pourrait peut-être croire alors que l'art. 701 n'est plus applicable en l'espèce ; pourtant si nous songeons que les motifs qui ont fait édicter l'art. 701 subsistent intégralement, il est bien difficile d'exclure ce texte et de ne pas tenir compte d'une disposition si conforme aux principes et à l'équité. L'art. 701 constitue le droit commun, l'art. 685 n'y déroge pas, aussi faut-il l'appliquer même dans ce cas. Toute opinion s'écartant de cette manière de voir serait, suivant nous, arbitraire (2).

Remarquons enfin que l'art. 701 donne au maître du fonds servant une simple possibilité de faire changer l'assiette de la servitude. Il n'a pour cela qu'à justifier des conditions requises et à notifier ses intentions au pro-

(1) L'opinion contraire ne pourrait pas se justifier à notre avis. En permettant au propriétaire du fonds servant d'exiger le déplacement de l'assiette de la servitude, le législateur demande seulement que le maître de cet héritage justifie d'un intérêt sans que les droits de celui qui a prescrit soient diminués. Or cela peut se produire dans l'hypothèse particulière que nous envisageons et il n'y a pas de raison pour ne pas permettre dans ce cas le déplacement de l'assiette.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1062, p. 771.

priétaire de l'autre héritage qui ne peut pas en principe s'opposer à ce changement.

Ce dernier peut seulement alléguer l'incommodité qui résulterait pour lui de cette innovation et exiger ainsi le maintien de la première assiette en invoquant la question du fait. Quant au point de droit, il ne peut pas le discuter.

De plus, il ne pourra jamais prendre de lui-même l'initiative et demander un changement qui serait peut-être avantageux pour le maître de l'héritage asservi. Ce dernier pourra, s'il le veut, y consentir; toutefois il ne pourra pas y être contraint et sera toujours libre de s'y refuser. C'est en vain, avons-nous dit, que le propriétaire du fonds dominant prouverait que de ce changement résulteraient des avantages pour le maître de l'héritage asservi. Pour admettre une pareille dérogation à la règle *tantum præscriptum quantum possessum*, il faudrait un texte précis. Le possesseur doit se contenter de ce que la possession lui a fait acquérir, il ne peut pas demander plus ni autre chose (1).

Telles sont les règles à l'aide desquelles on fixe l'étendue de la servitude acquise par la prescription. Nous avons vu, par avance, comment on détermine la nature du droit acquis, il nous faut maintenant voir en quoi le principe de l'indivisibilité des servitudes peut modifier les effets de la prescription.

SECTION II

De l'indivisibilité des servitudes et de ses conséquences au point de vue de la prescription

Nous avons dit, au début de ce chapitre, que les servi-

(1) Cass., 23 juillet 1873. S. 74. 1. 155; — Bordeaux, 12 février 1889. D. 90. 2. 147; — Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 845, p. 351.

tudes envisagées comme un rapport de droit entre deux fonds, le fonds dominant et le fonds servant, étaient indivisibles. Il nous faut justifier cette affirmation et montrer en quoi consiste d'une manière précise cette indivisibilité ; quelle en est aussi l'étendue.

Le Code civil ne définit nulle part la divisibilité ou l'indivisibilité d'une manière générale.

Mais les art. 1217 et 1218, au titre des Obligations, précisent à quelles conditions une obligation est indivisible. On peut, on doit même généraliser ces textes. L'idée maîtresse qui s'en dégage, c'est que l'indivisibilité peut provenir de causes diverses ; qu'elle est susceptible de degrés et peut être suivant les cas plus ou moins absolue.

Un droit est indivisible lorsque son objet n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ; ceci résulte de l'art. 1217. A ce point de vue, les servitudes ne sont pas toutes également indivisibles.

Elles ne peuvent l'être qu'autant qu'elles consistent en des faits insusceptibles de division : voir, passer, par exemple.

Il est clair qu'on ne saurait avoir une fraction d'un droit de vue. On a le droit de voir ou on ne l'a pas, il n'y a pas de moyen terme.

Cependant, il existe nombre de servitudes consistant en des faits susceptibles de division intellectuelle.

Par exemple, faire paître un nombre déterminé de bêtes dans un pré, prendre une certaine quantité de marne ou de sable à une carrière, utiliser les eaux d'une source pendant un nombre d'heures limité.

Ce sont autant de droits parfaitement divisibles si l'on n'envisage que leur objet.

Mais l'indivisibilité d'un droit peut encore tenir à d'autres

causes et résulter de sa nature même et de son rôle économique.

Or, à ce point de vue, il semble juste de croire les servitudes indivisibles.

Elles le sont certainement au point de vue passif. Établies au profit d'un fonds de terre sur un autre fonds, elles sont dues par tout le fonds et par chacune de ses parties.

Ceci n'est du reste contesté par personne. Si le fonds servant vient à être partagé, chacune des parts divises continuera d'être soumise à l'exercice de la servitude et la devra toute.

Prenons l'exemple d'un droit de pacage. Le droit de faire paître un certain nombre de bêtes sur un fonds est certainement divisible quant à son objet, seulement il est conforme au but économique du droit, qu'il soit indivisible passivement, qu'il soit dû tout entier par une partie divise quelconque du fonds débiteur de la servitude. Envisager ainsi le fonds servant comme obligé à subir la servitude n'est peut-être pas juridiquement très exact, toutefois cela permet de donner à la pensée une forme plus concrète et partant plus saisissable.

Cherchons maintenant si une telle servitude est indivisible au point de vue actif.

Ici l'accord cesse. Non, dit-on, les servitudes ne sont pas indivisibles de leur essence.

Un auteur (1) en a donné deux raisons. Si d'abord il était de l'essence des servitudes qu'elles fussent indivisibles, jamais elles ne pourraient être restreintes par la prescription puisque ce qui n'a pas de parties ne peut être diminué partiellement. L'argument n'a peut-être pas une aussi grande valeur qu'on peut le croire au premier abord.

(1) Pardessus, *Traité des servitudes*, tome I, nos 22 et s., pp. 60 et s.

Les servitudes indivisibles par leur objet peuvent fort bien être réduites par la prescription.

Prenons une servitude de passage. Si on avait le droit de passer en voiture et que pendant trente ans on ait seulement passé à pied, il est très sûr qu'on n'aura conservé que ce droit et par suite, la servitude sera diminuée (1).

On dit encore : Si les servitudes étaient de leur essence indivisibles, elles resteraient toujours dues en entier à la totalité du fonds dominant même après le partage; alors la jouissance d'un seul propriétaire la conserverait même à ceux qui ne l'exercent pas. « Il n'y aurait jamais lieu, dit Pardessus (2), d'appliquer le principe consacré par l'art. 709 que l'usage d'un seul ne conserve la servitude pour les autres qu'autant que l'héritage est indivis. »

Nous croyons que ce raisonnement repose sur une pétition de principe, car la question est précisément de savoir si, après le partage du fonds dominant, la servitude ne reste pas due pour le tout à chacune des parties.

Nous admettrons volontiers par *a contrario* de l'art. 709, qu'après partage du fonds dominant l'exercice de la servitude, de toute la servitude, par le propriétaire d'une des fractions divises, ne la conserve pas pour la part des autres. C'est là une question que nous n'avons pas abordée; elle est en dehors de notre sujet. Mais en quoi cette solution met-elle en question la divisibilité ou l'indivisibilité des servitudes? Elle est fondée dans tous les cas, alors même que la servitude exercée serait manifestement indivisible, si par exemple c'était une servitude de vue.

(1) Il ne paraît pourtant pas contestable que la servitude de passage soit indivisible alors même qu'on admettrait que toutes ne le soient pas Mais cela ne veut pas dire assurément qu'elles ne sont pas susceptibles de plus ou de moins.

(2) Pardessus, *Traité des servitudes*, tome I, n° 22, p. 61.

Ces arguments spécieux écartés, demandons-nous, car c'est à cela que se ramène la question, s'il est conforme au but économique du droit que la servitude soit divisible activement. Certainement non. Il est conforme au but économique du droit qu'après partage chacune des parties divises du fonds dominant puisse exercer la servitude et puisse l'exercer tout entière. Pour l'établir, prenons des exemples chez nos adversaires. Si la servitude consiste à prendre sur un fonds un certain nombre de mesures de marne ou à y faire pacager un nombre déterminé de têtes de bétail, la quantité de mesures de marne, le nombre de bestiaux étant divisibles, la servitude l'est également, au dire de Pardessus (1). Pour nous, il n'en doit pas être ainsi. En effet, la servitude, si elle est due à tout le fonds, peut profiter inégalement aux diverses parties de ce fonds, elle peut encore ne leur profiter que successivement. Il est clair, par exemple, qu'il peut y avoir dans le fonds dominant une partie de terrain qui n'ait point besoin d'être amendée. D'autre part, le propriétaire auquel est due la servitude n'amende pas tout son fonds à la fois, mais bien chaque partie successivement.

Par suite, il est conforme au but économique du droit que le propriétaire du fonds servant ne puisse pas contraindre l'un des propriétaires d'une part divise de l'héritage dominant à exercer une fraction divise de la servitude.

Nous concluons que les servitudes sont par essence indivisibles activement et passivement en raison de leur but économique, ou autrement dit de leur utilité pratique (2).

(1) Pardessus, *Traité des servitudes*, tome I, n° 23, p. 62.

(2) Demolombe, *Servitudes*, tome II, n° 701, p. 199; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 804, p. 511.

On peut citer cependant en sens contraire certains auteurs qui ont pré-

C'est bien, du reste, la solution de notre loi. « Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie, dit l'art. 700, vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. — Ainsi par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. »

Il est vrai que de la division du fonds dominant ne doit résulter aucune aggravation de la servitude. L'art. 700 nous le dit et l'art 702 le répète encore. Par là les conséquences pratiques de notre système se trouvent limitées et son application deviendra parfois délicate et difficile. Cependant, le principe lui-même n'est pas atteint; le partage déterminera la mesure dans laquelle chacun des copartageants pourra user de la servitude. Si elle est mise tout entière au lot d'un des copartageants, le propriétaire du fonds servant ne saurait s'y opposer. Il aurait au contraire ce droit si la servitude était divisible.

Nous avons cru devoir insister assez longuement sur le principe de l'indivisibilité à cause des contestations dont il est l'objet. Recherchons maintenant dans quelle mesure il touche à notre sujet, quelles en sont les influences sur la prescription des servitudes.

D'abord au point de vue actif, lorsque le fonds dominant appartient à plusieurs copropriétaires, le fait d'un seul d'entre eux suffit à faire acquérir à tous la servitude. La loi ne le dit pas expressément. Cependant dans l'art. 709 elle donne une solution analogue. Si le fonds dominant est indivis entre plusieurs copropriétaires, en supposant

tendu que les servitudes comme tous les autres droits étaient divisibles ou indivisibles suivant que les avantages qu'elles procurent sont ou non susceptibles de division : Pardessus, tome I, n^os^ 22 et suiv., pp. 60 et 61; Toullier, tome III, n^os^ 652 et s., pp. 302 et s.

qu'une servitude ait été constituée au profit du fonds, il suffira qu'un seul des propriétaires l'exerce pour qu'elle ne s'éteigne pas par le non-usage. De ce texte ne peut-on pas argumenter *a contrario* et décider la même chose au point de vue actif?

Au point de vue passif, des solutions inverses devront être admises. La prescription peut être interrompue à certaines conditions et en pareil cas, nous le savons, la possession antérieure au fait d'interruption est perdue; elle ne compte pas pour la prescription. Alors, si l'un des copropriétaires du fonds servant fait un acte interruptif, tous les autres en bénéficient parce que la prescription ne peut être interrompue pour partie seulement.

La loi ne contient également pas sur ce point de dispositions précises, mais l'art. 710 tranche une question de même nature. Il s'agit dans ce texte de la suspension de la prescription. Nous savons que la prescription est suspendue entre certaines personnes ou à l'égard de certaines personnes.

Or, dit l'art. 710 : « Si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pas pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. » Il n'est pas douteux qu'on doive alors tenir compte de ce texte pour la prescription acquisitive (1), bien qu'il soit placé à la section IV, intitulée : Comment les servitudes s'éteignent.

Ainsi, si vous possédez un aqueduc sur un fonds voisin du vôtre, et que, par succession ou de toute autre manière, ledit fonds soit attribué à plusieurs copropriétaires dont l'un d'eux est mineur, pendant toute la durée de la mino-

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 775, p. 257.

rité, non seulement votre possession vous sera inutile contre le copropriétaire mineur, mais encore contre tous les autres, parce que la servitude ne peut s'acquérir pour partie.

Donc tant que dure l'indivision ou si, après partage, l'immeuble est attribué au mineur, à partir du jour où ce dernier en aura été copropriétaire et jusqu'à sa majorité la possession aura été inutile à l'effet de prescrire.

Cependant, une grave difficulté se présente et l'on se demande s'il en serait encore ainsi au cas où le fonds sur lequel est placé l'aqueduc viendrait à être mis au lot de l'un des copropriétaires majeurs, lequel, en vertu de l'art. 883, est censé avoir été toujours propriétaire.

Précisons la difficulté au moyen d'un exemple. Pierre possède un aqueduc sur le fonds de Paul. Ce dernier étant décédé, ses biens restent indivis aux mains de ses enfants parmi lesquels se trouve un mineur. Cet état d'indivision, supposons-le, se prolonge pendant cinq années. Après cela, il y a un partage et le fonds sur lequel se trouve l'aqueduc tombe aux mains de Jean, fils aîné de Paul, et qui lui Jean était majeur avant le décès de son père. Il y a trente ans que Pierre possède son aqueduc et Jean veut l'en priver en se basant sur l'art. 710, alléguant qu'il a 25 années seulement de possession utile.

Pierre pourra-t-il lui opposer l'art. 883, et lui répondre qu'il est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot?

Dans ce conflit entre l'art. 710 et l'art. 883, lequel va l'emporter?

La Cour de cassation (1) applique ici l'art. 883, tandis

(1) Cass., 2 décembre 1845. S. 46. 1. 21; — 29 août 1853. S. 53. 1. 707.

que les cours d'appel et la majorité des auteurs assurent la prédominance à l'art. 710 (1).

La Cour suprême invoque d'abord les termes généraux et absolus de l'art. 883. « Chaque cohéritier, dit la loi, est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » En vertu de ce principe, l'héritier possède les biens qui lui sont échus du jour de l'ouverture de la succession, comme s'il les avait tenus du défunt lui-même. La possession commune est réputée n'avoir jamais existé et s'il était permis de l'invoquer, ce serait ne pas tenir compte de la fiction de l'art. 883 et considérer que l'héritier n'a pas toujours été propriétaire exclusif des biens à lui échus par le partage.

De plus, en vertu de l'art. 883, les cohéritiers mineurs sont censés n'avoir jamais été copropriétaires des immeubles qui ne sont pas compris dans leur lot, le privilège dont ils jouissent en vertu de l'art. 2252 n'a pas pu empêcher la prescription de s'accomplir.

L'art. 710 n'a en vu que le cas d'une copropriété permanente et définitive; l'art. 883, au contraire, n'a trait qu'à l'indivision transitoire et passagère. Il faut laisser à ces deux textes leurs domaines respectifs. La rétroactivité du partage en est un caractère essentiel, il doit toujours en être tenu compte.

Les cours d'appel d'Amiens et de Nancy avaient, au contraire, consacré la prédominance de l'art. 710 dans notre hypothèse et la majorité des auteurs préfèrent cette opinion (2).

(1) Amiens, 5 décembre 1840. S. 46. 1. 21; — Nancy, 29 novembre 1851. S. 51. 2. 799.

(2) Demante, II, n° 568 *bis*, II, pp. 664, 665; — Duranton, V, n°s 470 et suiv., p. 503; — Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 999, pp. 509 et suiv.; — Laurent VIII, n° 322, p. 391; — Baudry-Lacan ineric et Chauveau, *Des Biens*, 1168, pp. 872 et 873.

Voici les arguments qu'on invoque en faveur de ce second système.

En se reportant aux motifs pour lesquels la Cour de cassation consacre, en notre matière, la prédominance de l'art. 883, on s'aperçoit que sa doctrine est beaucoup trop absolue. Jamais, en effet, décide-t-elle, il ne sera permis d'invoquer la possession commune après le partage. Pourtant, on ne peut contester, semble-t-il, que, dans l'hypothèse prévue par l'art. 709, le copropriétaire qui aura joui de la servitude l'aura conservée au fonds même s'il échoit ensuite à celui qui n'en a pas usé. Pour cela, il faut bien invoquer la possession commune et il est très douteux que si la Cour de cassation avait à se prononcer sur cette hypothèse, elle appliquerait ici les conséquences logiques de son système en déclarant que la servitude est éteinte parce que le copropriétaire auquel est échu le lot n'en a pas joui durant l'indivision.

Ne serait-ce pas étrange qu'un fermier puisse en l'exerçant conserver un droit au profit d'un fonds pour celui que le partage en déclarera propriétaire alors qu'un copropriétaire ne le pourrait pas (1)?

Et si la possession commune peut être invoquée après le partage, dans le cas de l'art. 709, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être dans l'hypothèse de l'art. 710, puisque ces deux textes sont nés du même principe et pour répondre aux mêmes besoins, puisqu'ils expriment une seule et même règle.

D'après les termes de l'art. 710, la minorité d'un des copropriétaires doit servir à tous les autres : En appliquant ici l'art. 883, lorsque, par l'effet du partage, le fonds contre lequel on veut acquérir la servitude est échu au

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, II, n° 999, p. 513.

copropriétaire majeur, on décide, malgré les exigences du texte, que la possession du mineur n'a conservé que son droit et n'a servi qu'à lui seul.

C'est du reste rendre l'art. 710 complètement inutile ou à peu près, que de décider qu'il ne régit que le cas d'une propriété en état d'indivision permanente et forcée.

Quel champ d'application reste-t-il à notre texte? Le vœu de la loi, c'est en effet que l'indivision soit un état transitoire de la propriété. C'est une hypothèse tout à fait rare et tout à fait exceptionnelle que de trouver des cas où l'indivision sera permanente et définitive.

De plus, en se reportant aux termes mêmes de l'art. 710, où trouver la source d'une pareille distinction?

Avec le système admis par les auteurs, au contraire, l'art. 883 et l'art. 710 retrouvent chacun leur indépendance et leurs applications respectives.

L'art. 883 s'applique à tous les cas de passage, c'est une chose incontestable, mais il ne peut être invoqué dans notre hypothèse parce que l'art. 710 y déroge et commande l'application d'un autre principe.

Pensons du reste au but qu'a poursuivi le législateur en proclamant le principe de la rétroactivité du partage et nous verrons combien notre opinion est conforme à ses désirs lorsque nous en écartons l'application de l'art. 883 en notre matière.

Ce texte, en effet, n'a été rédigé que dans l'intérêt des copropriétaires eux-mêmes et il semblerait bien extraordinaire et bien contraire au but des auteurs de notre Code, qu'on puisse s'en prévaloir pour se créer une arme contre celui au profit duquel il a été écrit.

Ce que la loi a voulu, ce n'est pas défendre aux copropriétaires de s'entr'aider, mais bien de se nuire en con-

sentant des droits réels sur les fonds indivis, droits que le partage n'aurait pas effacés et que le nouveau propriétaire aurait été contraint de respecter (1).

Pour tous ces motifs, cette seconde opinion nous semble plus équitable et plus conforme aux vrais principes, et ce qui n'est pas douteux, c'est qu'elle répond mieux au but que s'est proposé le législateur.

SECTION III

Prescription du mode de la Servitude

Peut-on prescrire le mode d'exercice de la servitude comme on acquiert par ce procédé la servitude elle-même? Est-il possible d'augmenter l'étendue du droit acquis et de le modifier par suite de la possession? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'envisager deux hypothèses bien distinctes que nous allons étudier dans deux paragraphes différents. — § 1er Peut-on prescrire le mode d'exercice d'une servitude continue et apparente?—§ 2. Peut-on prescrire le mode d'exercice d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente? Comme nous l'allons voir, la réponse est bien différente suivant qu'on se place dans une hypothèse ou dans l'autre.

Répondons donc successivement à ces deux ordres de question.

§ 1er. — *Peut-on prescrire le mode d'une servitude continue et apparente?*

On pourrait soutenir la négative pour plusieurs raisons. L'art. 708, pourrait-on dire, permet bien de prescrire le

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 999, p. 516; — *Traite des successions*, tome V, n° 326, p. 381; — *Traité des obligations*, tome III, n° 624, p. 555.

mode de la servitude comme la servitude elle-même, mais c'est une règle mauvaise en soi (1). A Rome, cela n'était point permis et ce texte nous vient d'une disposition empruntée à Domat qui lui-même n'avait pas compris les règles admises en droit romain sur ce point particulier. Il faut donc s'efforcer de restreindre l'application de ce principe aux seuls cas où il ne peut y avoir de doute. Dans notre hypothèse, il est loin d'en être ainsi, car si nous examinons la place de l'art. 708 nous voyons qu'il se trouve au chapitre ayant pour titre : « De l'extinction des servitudes. » Au chapitre où il s'agit de leur établissement, nous ne trouvons aucun texte semblable. Ne faut-il pas en conclure, par un argument *a contrario*, que si les servitudes dont on use seulement pour partie ne se conservent que pour partie, lorsque à l'inverse, par suite d'empiétement, on jouit d'une façon abusive, aucun droit nouveau ne résulte de cette possession ?

Il faut répondre non sans crainte, lorsqu'il s'agit de servitudes continues et apparentes.

Il n'est pas prouvé d'abord que le législateur ait emprunté à Domat la règle de l'art. 708 et nous savons d'autre part qu'en matière de prescription des servitudes, les auteurs de notre Code n'ont point copié de tous points la législation romaine. Quant à l'argument *a contrario*, il est toujours dangereux et bien souvent, comme c'est le cas dans notre hypothèse, il ne mène qu'à des conclusions fausses et inacceptables.

(1) Cela est en effet contraire au principe de l'indivisibilité des servitudes, mais c'est surtout en ce qui concerne leur extinction et dans ce cas il ne peut y avoir de doute, la loi est formelle. En ce qui concerne notre hypothèse de l'acquisition du droit on ne porte pas atteinte bien gravement au principe de l'indivisibilité.

Par suite, à bien réfléchir, on s'aperçoit que la règle ne peut pas avoir d'effets funestes dans son application. Elle ne contrarie point les principes.

Aussi cet argument n'a-t-il une valeur réelle et peut-il à lui seul motiver une opinion que dans les cas où il fait revenir à l'application du droit commun.

La Jurisprudence admet que l'art. 708 s'applique à la prescription acquisitive comme à la prescription extinctive (1).

Du reste, ne devrait-on pas l'admettre, qu'à l'aide des principes généraux on serait forcément amené à reconnaître que rien ne s'oppose à l'acquisition du mode d'exercice de la servitude par la possession trentenaire. Dans la section relative à l'établissement des servitudes, aucun texte n'a trait à ce sujet.

Seulement, en vertu du principe, qui peut le plus peut le moins, lorsque l'art. 690 permet de prescrire certaines servitudes ne doit-on pas en conclure qu'il sera possible de les augmenter ou de les modifier par le même moyen ?

Car il ne faut pas oublier que nous nous trouvons ici en présence de droits présentant les caractères d'apparence et de continuité et dont la loi, dans le texte que nous venons de citer, permet la prescription.

Cette servitude pourra donc être acquise soit par la prescription, soit par un titre.

Dans la première hypothèse, il est à peine besoin de justifier la règle que nous venons d'admettre à savoir que la servitude pourra s'augmenter par l'effet de la possession trentenaire (2).

Ne serait-il pas étrange de soutenir que l'on a bien pu acquérir par prescription le droit d'avoir un aqueduc sur le fonds du voisin, alors qu'il serait défendu, après une possession de même durée et présentant les conditions

(1) Cass., 26 janvier 1880. S. 80. 1. 152; — Demolombe, *Des servitudes*, tome II, n° 783, p. 275.

(2) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 783, p. 275; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1170, p. 878.

requises, de conserver l'aqueduc dont on a modifié la grosseur des tuyaux par exemple? De même s'il s'agit d'une fenêtre. On l'a agrandie, transformée; on avait prescrit le droit d'en avoir une qui faisait, supposons-le, 50 centimètres de hauteur sur 40 de largeur. Depuis plus de trente ans, on lui a donné un mètre de hauteur sur 0^m 80 de largeur. Pourquoi n'aurait-on pas prescrit ce nouveau mode d'exercice du droit de vue?

Si, au lieu d'avoir agrandi la fenêtre, le maître de l'édifice en avait percé une nouvelle après trente ans, personne ne lui contesterait le droit de la maintenir et d'en jouir. De même, celui qui possède un aqueduc sur le fonds voisin a besoin d'une quantité d'eau plus grande. Deux moyens s'offrent à lui pour arriver à ce but : ou établir un second aqueduc à côté du premier, ou bien encore disposer celui-ci de façon qu'au lieu de conduire 25 hectolitres d'eau par heure, il lui en fournisse 50. Dans le premier cas, tous admettent, et l'art. 690 le commande, que le maître du fonds dominant aura après trente ans acquis le droit de garder le second aqueduc. Dans le second cas, on ne peut lui contester non plus le droit de conserver les modifications par lui faites.

Le préjudice sera bien moins sensible pour le maître du fonds supérieur. Il n'y aura pas deux servitudes au lieu d'une, deux assiettes, deux droits de passage peut-être accordés comme accessoires de la servitude d'aqueduc. Il faudra, il est vrai, pour prescrire le mode de la servitude, avoir une jouissance bien caractérisée et le juge devra se montrer sévère en notre hypothèse pour l'application de l'art. 2229. Il est nécessaire, en effet, que le propriétaire ait pu avoir connaissance de la modification apportée dans l'exercice du droit. Il faut que de nouveaux travaux

aient été faits pour éveiller son attention et l'avertir de l'empiétement.

Le point de fait est délicat, mais le point de droit n'est pas douteux.

Examinons à ce propos un arrêt de la Cour de cassation, lequel consacre formellement l'opinion que nous venons de soutenir, mais fait à notre avis une application exagérée de la règle (1).

Dans l'espèce soumise à la Cour suprême, un propriétaire, ayant acquis le droit de prise d'eau à un canal privé pour l'irrigation d'un fonds, voulut étendre son droit et au moyen de travaux apparents agrandir son aqueduc de façon à avoir assez d'eau pour l'arrosage d'un nouveau fonds.

Cet état de choses dura trente ans et la Cour de cassation déclara que, l'art. 708 n'étant pas moins applicable à la prescription acquisitive qu'à la prescription exstinctive, le propriétaire de l'héritage asservi ne pouvait point exiger que l'aqueduc soit ramené à ses anciennes proportions. Dans ce même arrêt, la Cour suprême va jusqu'à décider que la servitude de passage peut être considérée comme un mode d'exercice de la servitude d'aqueduc et prescrite de ce chef.

Il est vrai de dire toutefois que l'arrêt ne fait pas de cette constatation de fait une règle générale et qu'il en admet seulement la possibilité.

Malgré cela, il nous semble impossible de nous ranger à cette opinion même ainsi précisée, car nous croyons que ce serait aller à l'encontre des termes formels de l'art. 691, qui défend d'acquérir une servitude discontinue par prescription (2).

(1) Cass., 26 janvier 1880. D. 80. 1. 152.
(2) Notons cependant que MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des*

Du reste, la Cour de cassation pouvait arriver au même résultat par des moyens plus juridiques et déclarer le droit de passage acquis non pas en vertu de l'art. 708, mais bien de l'art. 696. Il ne s'agissait pas de savoir si ce droit de passage facilitait l'exercice de la servitude ou si on en avait usé pendant trente ans, il fallait voir s'il était indispensable, nécessaire, et dans ce cas le déclarer acquis pour ce motif en se basant avec la loi sur ce principe qu'il serait contradictoire de ne pas accorder à celui qui possède une servitude tout ce qui lui est nécessaire pour en user.

Nous venons de voir que lorsqu'une servitude continue et apparente a été acquise par prescription, rien ne peut s'opposer à ce qu'elle soit augmentée par ce mode d'acquérir. En est-il ainsi lorsque, au lieu de résulter de la prescription ou d'un titre qui se borne à en constater l'existence, cette servitude résulte d'un titre explicite qui en a précisé l'étendue et les effets?

C'est par exemple une fenêtre dont les dimensions sont

biens, n° 1170, p. 878) admettent que le droit de passage sur les francs bords d'un canal pour assurer ou faciliter la servitude d'aqueduc est un mode d'exercice de cette servitude.

Un jugement du tribunal civil de Prades, du 28 mars 1890 (D. 92. 3. 31.) décide également que lorsque une servitude de prise d'eau a été acquise par prescription, le titulaire de ce droit peut se faire maintenir dans les droits par lui exercés pendant trente ans, tels que de pénétrer sur le fonds servant pour y réparer les conduits et les réservoirs à la charge de se concerter avec le propriétaire de ce fonds, de remettre les lieux en leur ancien état et de payer une indemnité.

A notre avis, c'est encore méconnaître les prohibitions de l'art. 691, en principe tout au moins, car il peut arriver qu'en fait cela soit nécessaire mais alors c'est en vertu de l'art. 696 que nous reconnaîtrons un tel droit. Pour nous, ce n'est pas là un mode d'exercice de la servitude et toute la question est de savoir si ce droit est ou non indispensable à son exercice. Si oui, au cas de l'établissement de la servitude par titre, une possession trentenaire n'est point indispensable pour l'existence de ce droit.

Dans le cas contraire, en eût-on joui cent ans, qu'on n'aurait pas acquis le droit d'en user si le maître du fonds servant s'y oppose. Le seul moyen serait de prétendre à la co-propriété de l'assiette du passage, hypothèse bien invraisemblable.

soigneusement déterminées par l'acte écrit et qui doit être ouverte dans le mur à une certaine hauteur du sol, c'est un aqueduc dont la grosseur des tuyaux est de même fixée par le titre, pourra-t-on encore invoquer la prescription à l'effet de modifier le droit concédé?

Quelques auteurs, parmi lesquels Demante (1), ont soutenu qu'en cette hypothèse l'art. 2240 s'opposait formellement à ce que la possession soit invoquée et puisse produire le moindre effet. Mais pour arriver à donner à ce texte la signification qu'on lui prête, on est obligé de le tronquer. On en cite seulement la première partie : « On ne peut prescrire contre son titre, » mais on se garde bien de citer la fin du texte qui détruirait l'argument.

Dans la partie finale, le législateur explique en effet ce qu'il entend par prescrire contre son titre : c'est, dit-il, se changer à soi-même la cause et le principe de la possion.

Citons le texte intégralement et la vérité de notre affirmation se manifestera d'elle-même. « On ne peut prescrire contre son titre, en ce sens qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. » Que défend donc le texte? Simplement lorsqu'on possède à un titre quelconque, titre inefficace à engendrer la prescription, de le changer par sa seule volonté pour le rendre efficace à l'effet de prescrire (2).

Dans notre hypothèse, nous ne faisons rien de semblable, nous ne prescrivons pas contre notre titre, mais au delà de notre titre, ce qui est tout différent.

(1) Demante, tome II, n° 567 *bis*, p. 663.

(2) Ce texte n'est du reste que la reproduction de la règle romaine *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* et il ne veut pas dire autre chose. L'invoquer en l'espèce c'est le dénaturer et lui assigner un sens que le législateur n'a pas pu vouloir lui donner.

On insiste encore, disant que le propriétaire qui a concédé la servitude par titre se dispensera souvent de toute surveillance parce qu'il se repose pour fixer l'étendue de la servitude sur les clauses insérées dans l'acte constitutif. Il arrivera donc ainsi souvent que la prescription s'accomplira à son insu et par conséquent malgré lui.

Répondons d'abord que l'existence du titre ne doit pas dispenser le propriétaire d'exercer une surveillance que dans ce cas, comme dans celui où il n'y a pas de titre, on se montrera particulièrement sévère pour éviter les usurpations clandestines; pourtant que toutes les fois qu'il sera établi que le maître de l'héritage servant aurait dû avoir connaissance de l'empiétement, la prescription devra suivre son cours.

La jurisprudence est, du reste, bien fixée en ce sens. C'était même l'avis de Dunod sous l'empire de notre ancien droit. « Pourquoi, disait fort bien cet auteur, ne prescrirait-on pas une plus ample servitude que le titre ne la porte puisque on pourrait la prescrire toute sans titre? C'est prescrire outre le titre et non contre le titre (1). »

Toutefois, nous l'avons déjà dit et on ne saurait trop insister sur ce point, il faudra dans ce cas une possession non douteuse. Dans un article de la *Revue de droit français et étranger* (2), M. Dupret fait remarquer que, en présence des servitudes continues, le juge devra encore se montrer plus sévère pour les unes que pour les autres, lorsqu'il s'agira, dit-il, « de prouver que la possession a eu

(1) Dunod, *Des prescriptions*, page 198, part III, chap. 6; — Pardessus, tome II, n° 286, pp. 114-115; — Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome II, n° 783, p. 277; — Dupet, *Revue de droit français et étranger*, III, pp. 818, 819, 820.

(2) Dupret, *loco citato*.

un caractère constant et précis de nature à faire présumer la concession d'un droit. »

Parmi les servitudes continues, remarque en effet ce jurisconsulte, les unes le sont essentiellement ; d'autres, au contraire, bien que considérées comme continues par la jurisprudence et la doctrine, se manifestent cependant par un exercice périodique et intermittent comme, par exemple, la servitude de prise d'eau à l'aide d'une vanne, celle dont on use seulement à certaines époques, à certaines heures de la journée.

Pour mettre ces servitudes en exercice, il faut le fait de l'homme; aussi dans ce cas, faudra-t-il se montrer particulièrement exigeant et demander à celui qui veut augmenter son droit par la prescription, des actes de jouissance nettement accusés et qui ne puissent pas laisser de doute sur ses intentions.

§ 2. — *Peut-on prescrire le mode d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente ?*

Il nous reste maintenant à examiner la question de savoir si les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes peuvent s'augmenter par prescription. Pour nous, la réponse n'est pas douteuse et en se fondant sur l'art. 691 il ne paraît pas possible d'admettre que la possession trentenaire puisse augmenter un pareil droit. Paul, supposons-le, a le droit de puiser à la source de Pierre, le titre lui concède la faculté d'y aller soir et matin. Depuis trente ans, Paul, non content de puiser soir et matin a également puisé tous les jours à midi; lorsque Pierre vou-

dra l'en empêcher, Paul ne pourra point lui opposer sa possession trentenaire (1).

Il en serait autrement sans doute si le titre se contentait de mentionner l'existence d'une servitude de puisage au profit de Paul. Dans ces conditions, peut-être faut-il assigner à la possession et à l'usage trentenaire le pouvoir de fixer définitivement le mode d'exercice de la servitude et son étendue (2).

A la question de savoir si les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes peuvent s'augmenter par prescription, s'en rattache une autre très importante, celle de savoir si tout au moins l'assiette ne pourra pas être déterminée par l'effet de la possession. La question pourra même se présenter lorsqu'il s'agira d'une servitude continue; au cas, par exemple, où le maître d'un aqueduc aurait déplacé ses travaux. Mais dans cette hypothèse, nous avons déjà admis que le maître du fonds servant ne pourra pas demander qu'on revienne à l'assignation primitive qu'avait l'assiette.

Ce qu'il nous faut surtout examiner ici, c'est l'hypothèse où il s'agit d'une servitude discontinue acquise par titre et de nous demander si la possession trentenaire pourra être invoquée pour en fixer l'assiette.

Deux cas qu'il ne faut point confondre peuvent se présenter:

Il peut se faire d'abord que le titre ait nettement déterminé l'endroit où devra par exemple s'exercer le passage ;

(1) Cass., 18 décembre 1894. S. 98. 1. 486; — Demolombe, *Traité des servitudes*, II, n° 792, p. 291.

(2) Dans ce cas, en effet, on reconnaît à la possession le pouvoir de fixer l'assiette de la servitude; en vertu des mêmes principes, il serait sans doute juste de reconnaître à la possession le droit d'en fixer le mode d'exercice, comme cela se produit au cas de passage en cas d'enclave, art. 685.

il peut aussi se faire que le titre ne détermine point l'assiette ou ne le fasse que d'une manière incertaine.

Examinons successivement ces deux hypothèses.

Lorsque le titre a déterminé l'assiette de la servitude sans qu'il puisse y avoir d'équivoque, nombre d'auteurs pensent que la possession, quelque longue qu'elle soit, ne saurait la changer.

Si j'avais le droit de passer sur la partie nord d'un fonds et que pendant trente ans j'ai exercé ce droit ailleurs, sur la partie sud par exemple, sans jamais passer sur les autres, si ayant le droit de puiser à un puits, je ne l'ai pas fait et que je me sois borné à prendre de l'eau à un autre puits situé dans la même cour, il arrivera que la servitude qui m'avait été concédée périra par le non-usage et que je n'aurai rien acquis par ma possession à cause de l'art. 691, lequel prohibe la prescription des servitudes discontinues.

Duranton hésite, il est vrai, à décider que la servitude concédée par le titre est éteinte mais un point qui pour lui ne fait pas de doute, c'est que le propriétaire du fonds servant pourra toujours exiger le maintien de l'assiette fixée par le titre (1).

Ce point a cependant été contesté par Demolombe. Il part de ce principe que la prescription du mode de la servitude est bien différente de la fixation de l'assiette ; on peut

(1) Duranton, tome v, n° 607, p. 615; — Pardessus, *Servitudes*, tome II, n° 304, p. 154. Voici comment s'exprime cet auteur : »... ce qui a été fait est autre chose que ce qu'on avait le droit de faire et la différence est grande entre faire autre chose et faire plus ou moins. En faisant moins ou plus, on conserve son droit, seulement il est réduit si l'on a fait moins, augmenté si l'on fait plus sauf la validité de l'acquisition de l'excédent selon la nature de la servitude. Au contraire, si l'on fait autre chose, la servitude qu'on avait est éteinte par le non usage, puisque dans la réalité on ne l'a pas exercée; et l'on acquiert celle qu'on a exercée en sa place qu'autant que la prescription aurait pu la faire acquérir. »

En même sens : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1172, pp. 879, 880.

invoquer, pour prouver cette différence, deux articles de notre Code. L'art. 685 dit en effet : « l'assiette et le mode de servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu. » C'est donc que l'assiette diffère du mode, sans cela il eût été bien inutile d'employer ces deux expressions. Il y a encore l'art. 701, qui autorise le propriétaire du fonds assujeti à demander le déplacement de l'assiette de la servitude changement que le législateur n'aurait point permis s'il se fût agi du mode d'exercice.

L'assiette, c'est la partie du fonds sur lequel s'exerce le passage. Le mode, c'est la manière d'être de la servitude, son étendue, le fait de passer le jour ou la nuit, le matin ou le soir, à pied où à cheval, et voilà ce que l'article 691 défend de fixer par la prescription.

L'art. 691 ne doit pas intervenir lorsqu'il s'agit au contraire de la fixation de l'assiette parcequ'il ne s'agit ni de créer ni augmenter un droit déjà existant (1).

Malgré ces arguments, nous n'hésiterons pas cependant à admettre la première opinion parce qu'il nous semble qu'ici les clauses fixées par le titre doivent être respectées par les parties tant qu'un accord nouveau et ferme n'est pas intervenu entre elles et la possession trentenaire ne nous paraît pas suffire pour arriver à ce résultat.

Supposons maintenant, au contraire, que le titre n'ait point fixé l'assiette de la servitude ou ne l'ait fait que d'une manière incertaine et seulement à titre d'indication.

Dans ce cas, nous admettrons, avec nombre d'auteurs,

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 794, pp. 292-293. — Cet auteur traite aussi la question au n° 1031 du même tome à la page 557 et là il nous paraît beaucoup moins affirmatif et renvoie à la distinction par lui établie au n° 844, pp. 349-350.

que l'assiette pourra être déterminée par la possession trentenaire (1).

Il est d'abord bien évident qu'il ne s'agit point ici de l'acquisition d'une servitude discontinue par la prescription et que l'art. 691 ne nous est point opposable. L'analogie entre cette hypothèse et celle prévue par l'art. 685 nous paraît frappante.

La situation du maître de l'héritage dominant est ici particulièrement intéressante.

Il tient son droit d'une convention librement discutée.

Le plus souvent il aura acquis la servitude à titre onéreux ; la loi lui doit donc protection, et il nous paraît juste de décider qu'après trente ans d'exercice la possession puisse fixer l'assiette du droit.

Il est trop clair qu'il ne peut pas être question ici de faire perdre le droit à la servitude, au cas où celui qui l'exerce aurait passé tantôt sur une partie du fonds, tantôt sur une autre ou au cas encore où il aurait puisé à un puits sur le même héritage, mais pas à celui fixé par le titre. Une pareille solution serait injuste, cela est manifeste quand le titre est muet, et ne se justifierait pas non plus lorsque le titre fixant un lieu pour l'exercice de la servitude ne le fait que d'une façon vague ou incertaine. Tout au plus pourrait-on admettre avec la Jurisprudence que le maître du fonds servant puisse exiger le rétablissement de la servitude sur l'assiette fixée par le titre s'il le préfère (2). D'après ce système le propriétaire de l'héritage dominant aurait perdu le droit d'exercer la servitude sur l'assiette primitive mais il aurait conservé celui de l'exercer sur l'emplacement fixé par l'usage trentenaire.

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n° 793, p. 292; — Pardessus, tome II, n° 286, p. 116.

(2) Cassat. 5 mars 1894. P F. 95. 1. 32.

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau critiquent vivement ce système qui à leur dire est fort peu juridique.

« Si, disent-ils, on autorise ainsi au mépris du titre le déplacement de l'assiette de la servitude, jusqu'où aller? Permettra-t-on l'exercice du passage sur un fonds limitrophe appartenant au même propriétaire, qu'importe en effet si l'assiette est déplacée, que ce soit à droite ou à gauche, sur une autre parcelle du fonds indiqué ou sur la partie contiguë du fonds voisin? » (1)

A notre avis cette objection n'est pas aussi forte qu'elle le paraît au premier abord. Souvent en effet le propriétaire du fonds servant n'en aura pas d'autre à côté et la question ne se posera pas. Mais le cas échéant nous croyons encore que, même avec l'opinion défendue par Demolombe, on n'irait pas jusqu'à soutenir que la servitude pourrait s'exercer sur un autre héritage que celui fixé par le titre. Il y a une nuance en effet entre permettre à la possession de fixer l'assiette du droit de passage sur telle ou telle partie du même fonds et lui accorder d'autre part ce pouvoir si on avait exercé la servitude sur un autre fonds même contigu et appartenant au même propriétaire.

Un principe certain c'est que si la possession d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente ne peut mener à la prescription du mode de ce droit, du moins peut-elle le conserver (2). On s'est demandé de plus si elle ne pourrait point les faire renaître après qu'elles auraient

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1172, p. 880, et la note 1 de la page 881.

(2) Demolombe, *Traité des Servitudes*, tome II, n° 795, p. 294. « Aux termes de l'art. 707 dit cet auteur, elles ne commencent à s'éteindre que du jour où on a cessé d'en jouir, donc elles ne s'éteignent pas tant qu'on en jouit et les faits de jouissance sont dans ce cas comme toujours très certainement susceptibles d'être prouvés par témoins. »

En ce sens également, citons : MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1106, p. 805.

été perdues et si en enfin elle n'aurait pas pour résultat de limiter le droit conféré par la prescription d'un fonds de terre.

Pardessus (1) répond à la première question que la servitude éteinte par le non-usage ne peut pas revivre, que ce serait là une servitude nouvelle et qu'il faudrait un titre pour en légitimer l'existence.

D'autres auteurs soutiennent au contraire qu'une possession postérieure à l'extinction de la servitude par le non-usage servirait à la faire renaître.

Ce ne serait pas, dit-on, l'acquisition d'un droit nouveau.

L'exercice en serait fondé sur ce fait très permis que le maître du fonds aurait renoncé au bénéfice de la prescription exstinctive, préférant exécuter le titre. A vrai dire, la servitude n'aurait pas été réellement éteinte et pour que le voisin ne puisse plus revenir sur sa renonciation, il ne serait pas indispensable que le maître de la servitude l'eût à nouveau possédée pendant trente années (2).

Cette théorie revient donc à dire, que, au cas où une servitude discontinue et apparente n'a pas été exercée pendant trente ans, elle n'est pas forcément éteinte s'il résulte de circonstances de fait, que le maître de l'héritage dominant n'a pas entendu profiter de la prescription libératoire.

Quant à décider si la possession d'une servitude discontinue peut limiter le droit acquis par la prescription du

(1) Pardessus, *Servitudes*, tome II, n° 286, pp. 116 et 117.

(2) Demolombe, *Traité des servitudes*, tome II, n 795, p. 296. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1106, p. 805. — Ailleurs, au n° 1164 de la page 868 ces derniers auteurs exigent toutefois que le silence du propriétaire de l'héritage autrefois grevé, ne puisse s'expliquer autrement que par une renonciation tacite au bénéfice de la prescription acquise. Laurent, VIII, n° 319, p. 388; — Aubry et Rau, III, § 255, p. 106; — Orléans, 31 décembre 1835. S. 36. 2. 5.

fonds sur lequel elle s'exerce, les auteurs sont également partagés sur la question.

Un tiers acquiert par la possession trentenaire la propriété d'un héritage. Seulement, pendant tout le temps de sa possession l'ancien propriétaire passait librement sur ce fonds, plus tard, si le nouveau maître du champ veut s'opposer à son passage pourra-t-il triompher de sa résistance? La cour de Caen l'a ainsi décidé (1). Il est bon de remarquer qu'il n'y a pas là en effet acquisition d'une servitude nouvelle, mais conservation d'une partie du droit de propriété. Quand celui qui a prescrit la propriété du fonds de terre voudra s'opposer aux faits de passage, l'ancien maître du fonds pourra invoquer la règle *tantum præscriptum quantum possessum* et la retourner contre son adversaire.

Ce dernier, en effet, n'est devenu propriétaire qu'en vertu de la possession, or, comme le dit un auteur (2) il n'a possédé que sous la réserve de la servitude de passage et partant n'a pu prescrire que sous cette réserve. Il ne s'agit pas là d'une servitude acquise, mais seulement retenue au profit de l'ancien maître du fonds qui n'a jamais cessé de jouir du droit de passage.

Cette solution n'est cependant pas admise par tous et MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau font justement remarquer que le nouveau propriétaire possédé à ce titre tout le fonds, sans que la quasi-possession du droit de passage, quasi possession forcément précaire, ait pu l'empêcher de prescrire intégralement la propriété du fonds (3).

Nous avons ainsi terminé l'examen de toutes les questions

(1) Caen, 17 mai 1847; rec. de Caen, tome XI, p. 309, cité par Demolombe, n° 296, p. 296.
(2) Demolombe, *Servitudes*, II, n° 796, p. 296.
(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 1107, p. 805.

que nous nous étions proposé d'étudier. Ayant apprécié l'œuvre du législateur au cours de notre travail, chaque fois que l'occasion s'en est présentée, toute conclusion devient par ce fait inutile et ne saurait être d'ailleurs que la répétition de nos appréciations antérieures.

Vu : *le Président de la thèse*,
F. Surville.

Vu : *Le doyen*,
Le Courtois.

Vu et permis d'imprimer.

Poitiers, le 28 mai 1899.

Le Recteur.
H. Cons.

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — Précis de droit romain. 4e édition. Paris, Pichon, 1886-1891.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français. 4e édition. Paris, Cosse, Marchal, 1869.

Baudry-Lacantinerie et Chauveau. — Des biens. Paris, Larose, 1896.

Baudry-Lacantinerie et Tissier. — De la prescription. Paris, Larose, 1895.

Bélime. — Traité du droit de possession. Paris, Joubert, 1842.

Boucheul. — Coutumier général ou corps et compilations sur la Coutume du Poitou. Poitiers, Faulcon, 1727.

Bourdot de Richebourg. — Nouveau coutumier général de France. Paris, Michel Brunet, 1724.

Champetier de Ribes. — De la possession et de la prescription des servitudes (Thèse de Doctorat). Paris, Renou, Maulde et Cock, 1877.

Colmet de Santerre. — Voir *Demante*.

Cuq. — Les Institutions juridiques des Romains. Paris, Plon-Nourrit, 1891.

Dalloz. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Delvincourt. — Cours de Code civil. Paris, Fournier, 1819.

Demangeat. — Cours élémentaire de droit romain. Paris, Marescq, 1861.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil. Paris, Thorel, Plon et Nourrit, 1849, 1884.

Demolombe. — Traité des servitudes ou services fonciers. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1876.

Devoucoux. — De l'acquisition des servitudes prédiales en droit

romain. De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme en droit français (Thèse de Doctorat). Dijon, Jobard, 1886.

Dumoulin. — Caroli Molinæi omnia quæ exstant opera. Parisiis, P. Rocolet, 1681.

Dunod. — Traité des prescriptions. Paris, Briasson, 1774.

Dupret. — Revue de Droit français et étranger, tome III, p. 817. Paris, Joubert, 1846.

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil. Paris, Alex. Gobelet, 1827.

Duvergier. — Voir *Toullier*.

Esmein. — Mélanges d'histoire du droit et de critique. Paris, Larose et Forcel, 1886; et nouvelle revue historique de Droit français et étranger, année 1885, p. 261. Paris, Larose et Forcel.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, Videcoq, 1836.

Girard. — Manuel élémentaire de droit romain. Paris, Arthur Rousseau, 1897.

Lalaure. — Traité des servitudes réelles. Paris, Hérissant, 1761.

Laurent. — Principes du droit civil français. Bruxelles, Bruylant, Cristophe, 1876-1878.

Lecomte. — De la prescription acquisitive en matière de servitudes réelles (Thèse de Doctorat). Coutances, de Salettes, 1874.

Machelard. — Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

Maleplate. — De la prescription en matière de servitudes réelles (Thèse de Doctorat). Toulouse, 1897.

Maynz. — Cours de droit romain. 4e édition. Bruxelles, Bruylant, Cristophe, 1876-1877.

Merlin. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence. Bruxelles, Tarlier, 1825-1828; — Questions de droit, 4e édition. Bruxelles, Tarlier, 1829.

Minoret. — De l'acquisition des charges réelles par la prescription (Thèse de Doctorat). Paris, Girard et Jouve, 1890.

Ortolan. — Histoire de la législation romaine, 11e édition revue par Labbé. Paris, Plon, 1880.

Pardessus. — Traité des servitudes. 8e édition. Paris, Nève, 1838.

Petit. — Traité élémentaire de Droit romain. 3e édition. Paris, Arthur Rousseau, 1898.

Pineau. — De l'établissement et de l'extinction des servitudes réelles par prescription (Thèse de Doctorat). Paris, Pichon, 1875.

Proudhon. — Traité des droits d'usage. Servitudes réelles. 2e édition annotée par Curasson. Dijon, Lagier, 1836.

Ravail. — De l'objet de la possession (Thèse de Doctorat). Paris, Arthur Rousseau, 1899.

Riche. — De la prescription en matière de servitudes réelles (Thèse de Doctorat). Paris, Moquet, 1887.

Sambuc. — De la *justa causa* en matière d'usucapion. Paris, Arthur Rousseau, 1892.

Toullier. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code. 6e édition annotée par Duvergier. Paris, Renouard.

Troplong. — De la prescription. 4e édition. Paris, Hingray, 1857.

Vanier. — Questions notables sur les servitudes qui ne peuvent être établies que par titres. 2e édition. Paris, Marescq, 1880.

Recueil des lois nouvelles, nos 19 et 20, 15 octobre-1er novembre 1898.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

CHAPITRE I. — **Historique** 7

DROIT ROMAIN 7

ANCIEN DROIT FRANÇAIS 31

CHAPITRE II. — **Quelles servitudes sont prescriptibles** 45

SECTION I. — *De l'apparence* 46

§ 1. — Qu'est-ce que l'apparence? 46

§ 2. — Quelles servitudes sont apparentes? 50

§ 3. — Valeur de ce critérium 62

SECTION II. — *De la continuité* 64

§ 1. — Qu'est-ce que la continuité? 64

§ 2. — Quelles servitudes sont continues? 69

§ 3. — Valeur de ce critérium 80

SECTION III. — *De la discontinuité et de la non-apparence.* 86

CHAPITRE III. — **Des conditions nécessaires pour prescrire les servitudes continues et apparentes** 94

SECTION I. — *Caractères de la possession* 95

§ 1. — Des conditions qui affectent la possession dans sa durée 97

§ 2. — Des conditions qui ont trait au côté extérieur, public de la possession 105

§ 3. — Condition affectant la possession dans son origine. 114

SECTION II. — *Du délai requis* 124

§ 1. — Les servitudes continues et apparentes peuvent-elles s'acquérir par dix et vingt ans? 115

§ 2. — Les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes peuvent-elles s'acquérir par dix et vingt ans? 132

§ 3. — De la suspension de la prescription..... 137
Chapitre IV. — **Effets de la prescription**..... 140
Section I. — *Prescription de la servitude elle-même*..... 142
§ 1. — Nature du droit prescrit..... 142
§ 2. — Etendue du droit prescrit..... 154
Section II. — *De l'indivisibilité des servitudes et de ses conséquences au point de vue de la prescription*..... 163
Section III. — *Prescription du mode de la servitude*..... 174
§ 1. — Peut-on prescrire le mode d'une servitude continue et apparente?..... 174
§ 2. — Peut-on prescrire le mode d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente?.... 182
Bibliographie..... 191

Poitiers. Imp. Blais et Roy, 7, rue Victor-Hugo.